

ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKUNUN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ YARGILAMA HUKUKUNA ETKİSİ

EFFECT OF INTERNATIONAL CUSTOMARY LAW ON JURISDICTION
LAW OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Sezercan BEKTAŞ*

Ali ÖZDEMİR**

Özet: Bu çalışma, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) yargılama hukuku ile uluslararası teamül hukuku arasındaki ilişkiyi ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu kapsamda uluslararası teamül hukunun uluslararası insan hakları hukuku ile bağlantılarına dair bazı sorgulamalara yer verilecektir. Uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası hukukla aynı yöntemleri izlemesinin yanında; kaynaklar itibarıyla de uluslararası hukuk muhtevası içerisinde yer almaktadır. Bu nedenle uluslararası hukuk bakımından yerleşik genel ilkelerin uluslararası insan hakları hukuku için ağırlığı ve etkisi göz ardı edilmemelidir. Bu çalışma genel olarak uluslararası insan hakları hukuku kapsamında uluslararası teamül hukuku kurallarını belirlemenin zorluklarına dikkat çekmiştir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'in sözü edilen kuralların belirlenmesi için ayrı bir yöntem benimseyip benimsemediği usul ve maddi hukuk temelinde içtihatlarla özetlenmiştir. Bu bağlamda, bir yorum yöntemi olan Avrupa konsensüsünün AİHS'e taraf devletler için uluslararası/bölgesel teamül kurallarının doğuşundaki rolü; başka bir deyişle Avrupa konsensüsünün bir teamül kuralının oluşması için bir yöntem olarak görülüp görülmeyeceği sorgulanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Teamül Hukuku, İnsan Hakları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Konsensüsü, Jus Cogens

Abstract: This study aims to reveal the relation between the European Convention on Human Rights (ECHR) jurisdictional law and international customary law. In this context, some inquiries will be made about the connection of international customary law with international human rights law. International human rights law, besides following the same methods as international law; in terms of sources, it is within the content of international law. For this reason,

* Dr. Öğr. Üyesi, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, sezercanbektas@sakarya.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7395-5375

** Arş. Gör., Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Anabilim Dalı, aliozdemir@sakarya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9055-807X, Makalenin Gönderim Tarihi: 02.02.2022, Kabul Tarihi: 25.06.2022

the weight and impact of established general principles in international law for international human rights law should not be ignored. This study has drawn attention to the difficulties of determining international customary law rules within the scope of international human rights law in general. In addition, whether the European Court of Human Rights (ECtHR) has adopted a separate method for the determination of the aforementioned rules has been summarized with case-law on the basis of procedural and substantive law. In this context, the role of the European consensus, which is a method of interpretation, in the emergence of international/regional customary rules for the states party to the ECHR; in other words, it is questioned whether the European consensus should be seen as a method for the formation of a customary rule.

Keywords: Customary International Law, Human Rights, European Court of Human Rights, European Consensus, Jus Cogens

Giriş

Uluslararası teamül hukukunu devletler arası ilişkilerin bir tezahürü olarak nitelendirmek mümkündür.¹ Zira uluslararası hukukun, başlangıç itibariyle uluslararası teamül hukuku olarak teşekkül ettiği söylenebilir.² Öyle ki bir kavram olarak *teamül*, *kaynakların kaynağı* olarak nitelendirilmekte; hatta devletlerin uluslararası hukukun kurallarına bağlı olması, yine bir teamül kuralı olarak kabul edilen *pacta sunt servanda* ilkesi³ ile açıklanmaktadır.⁴

II. Dünya Savaşı'yla birlikte uluslararası hukukta anlayış bakımından bir kırılma yaşanmıştır.⁵ Bu kırılmanın ilk adımları, Amerika

¹ Bazı yazarların kabulüne göre; uluslararası teamül hukuku, uluslararası ilişkiler alanını sarmış, dolayısıyla bu disiplinin her tarafına yayılmıştır. Bkz. Şahin Eray Kırdım ve Atahan Demirkol, "Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Bir Kaynağı Olarak Uluslararası Örf ve Adet Hukuku", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XXV, 4, 2021, s. 385. Ancak biz "ulus" kavramının doğuşu ve bu kavramın kapsamı ile, bir disiplin olarak "uluslararası ilişkiler" in başlangıcı göz önüne alındığında; uluslararası teamül hukukunun devletler arası ilişkilerin bir tezahürü olarak nitelendirilmesinin daha uygun olduğu kanaatindeyiz. Üstelik bir teamül kuralının doğması ve bağlayıcı güç kazanmasında tarihsel ve modern açıdan devletin özgül ağırlığının öne çıkarılması kaçınılmazdır.

² David J. Bederman, *International Law in Antiquity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, s.40-41.

³ *Pacta sunt servanda* ilkesinin uluslararası hukuk sisteminin temel normu (basic norm) olduğu, andlaşmaların ve uluslararası teamül hukukunun geçerliliğinin bu temel normdan kaynaklandığı konusunda bkz. Hidemi Suganami, "A Normative Enquiry in International Relations: The Case of 'pacta sunt servanda'", *Review of International Studies*, 9, 1, 1983, s.41.

⁴ Emre Öktem, *Uluslararası Teamül Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s.10.

⁵ Ivu P. Urdang, "Franklin and Eleanor Roosevelt: Human Rights and the Creation

Birleşik Devletleri (ABD) Başkanı Roosevelt'in 6 Ocak 1941'de ABD Kongresi'nde sunduğu dört özgürlük konuşmasında görülmektedir.⁶ Bunlar; ifade özgürlüğü, ibadet özgürlüğü, yoksulluktan kurtulma özgürlüğü ve korkudan kurtulma özgürlüğüdür.⁷ Roosevelt'in çizdiği ve tüm devletler tarafından bu özgürlüklerin benimsenip sağlandığı bir dünya hedefi, uluslararası hukuk alanına dahil edilmiştir. Böylece uluslararası hukuk alanında şekillenecek yeni anlayışın da temelleri atılmış, insan haklarının ulusal bir meseleden çıkarak uluslararası bir boyuta geçişi başlamıştır.⁸ Elbette bu geçiş sürecine şüpheyle yaklaşanlar da olmuştur. Öyle ki dayandığı ilkeler itibarıyla *ifade özgürlüğünün*, geleneksel anlamdaki uluslararası hukukun temellerine aykırı olduğu, uluslararası hukukun sadece biçim bakımından değil kapsam bakımından dönüşüme uğrayacağı şeklinde eleştiriler ileri sürülmüştür.⁹

Ancak insan haklarının uluslararası hukukun ayrılmaz bir parçası haline gelmesiyle beraber, devletlerin egemenlik yetkilerindeki dönüşüm de kaçınılmaz hale gelmiştir.¹⁰ Bu anlamda her ne kadar ilk başlarda devletler, iç işlerine uluslararası hukuktan kaynaklanan bir müdahaleyi kabul etmese de zamanla uluslararası hukuka dayalı olarak ulusal düzeyde insan haklarının korunması söz konusu olduğunda; devletin egemenlik yetkisine bağlı olarak *iç işlerine karıştırmayız* savun-

of the United Nations", *OAH Magazine of History*, 22, 2, 2008, s. 28.

⁶ A. Şeref Gözübüyük; Feyyaz Gölcüklü; Abdurrahman Saygılı; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, Tamamen Yenilenmiş 12. Bası, s.6; Urdang, (2008), s.28-31.

⁷ Adil Şahin, Batı'lı Anlamda Özgürlük Versus İktidar, Celepler Matbaacılık, Trabzon, 2015, s. 107; Urdang, (2008), s.28-31.

⁸ Kırdım ve Demirkol, (2021), s.381; Bu noktada, insan haklarının uluslararası bir boyut kazanması ile insan haklarının evrenselliği arasında bir ayrım olduğu hatırlatılmalıdır. Birincisi, insan haklarının uluslararası hukuk ve siyasetin bir konusu haline gelmesini ifade ederken; ikincisi, dünyadaki bütün insanların hangi devlette bulunursa bulunsun insan haklarına sahip olduğu düşüncesini temsil etmektedir. Bkz. GM Ferreira and MP Ferreira-Snyman, "The Impact of Treaty Reservations on the Establishment of An International Human Rights Regime", *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 38, 2, 2005, s.149.

⁹ Paul Guggenheim, "Atlantik Misakı ve Teamüli Devletlerarası Hukuku", (çev. Necdet Çeşniğ), *İnsan Hakları Dergisi*, Sayı: 3, Ankara, Mart 1947, s.25-27. (Aktaran: Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 1*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, 8. Bası, s.4.).

¹⁰ Jack Donnelly, "Human Rights: A New Standard of Civilization?", *International Affairs*, 74, 1998, s.13-14.

ması büyük oranda törpülenmiştir.¹¹ Bu noktada uluslararası teamül hukukunun insan hakları bakımından farklı bir ağırlığa sahip olduğu vurgulanmalıdır.¹² Örneğin bir devlet tarafından *ciddi ve yaygın ölçüde* insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda diğer devletler bu duruma tepki göstermelerine rağmen; aynı devletler bireysel bazda gerçekleşen veya rutin düzeyde meydana gelen insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda aynı duyarlılığı göstermemektedir.¹³ İnsan hakları ihlallerinde devletlerin tutumunun siyasi ve salt çıkar temelli olarak gerçekleşmesi de meseleyi daha kaotik hale getirmektedir.

Burada şu soru akla gelmektedir: İnsan haklarının etkili bir şekilde korunması bakımından fark edilebilir bir gelişme hedefi olarak devletlerin diğer devletlere karşı bir tutum sergilemesi ve bunun uluslararası teamül hukukuna dayandırılması, modern uygulama bakımından mümkün olabilir mi?¹⁴ Schachter'e göre; insan hakları yükümlülüklerinin uluslararası teamül hukuku haline gelip gelmediği, alışlagelmiş teamül hukuku kuralı oluşturma süreci temelinde kolayca cevaplanabilecek bir soru değildir.¹⁵ Uluslararası mahkemeler ve hakemlik müesseseleri, önüne gelen bir uyuşmazlıkta uluslararası hukukun bir kaynağı olarak uluslararası teamül hukukunun kurallarını

¹¹ Gemalmaz, (2012), s.539-540; Yaşar Salihpaşaoğlu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.17; Yasemin Özdek, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye AIHS Sistemi AIHM Kararlarında Türkiye, TODAİE, Ankara, 2004, s.28.

¹² Bkz. Kırdım ve Demirkol, (2021), s.420-421.

¹³ Hugh Thirlway, "International Law And Practice Human Rights in Customary Law: An Attempt to Define Some of the Issues", *Leiden Journal of International Law*, 28, 3, 2015, s 499.

¹⁴ Örneğin Simma'ya göre; "Silahlı çatışmalarda uygulanabilen pek çok insancıl hukuk kuralı, insan kişiliğine ve insanlığın temel düşüncelerine saygı açısından temel bir niteliğe sahiptir (...) Bunlar, uluslararası teamül hukukunun ihlal edilemez ilkelerini oluşturdukları için, onları içeren sözleşmeleri onaylamış olsun ya da olmasın tüm devletler tarafından gözetilmelidir." Bkz. ICJ, Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), 19 Aralık 2005, Yargıç Simma'nın Ayrık Görüşü, para.39. Simma'nın yaklaşımı literatürde insan hakları teamül kuralları okulu olarak adlandırılmakta ve genellikle Simma Alston Eleştirisi olarak anılmaktadır. Bkz. B.Simma & P.Alston, "The Source of Human Rights Law; Custom ius cogens and General Principles", 82, AYIL, 1992, s.89; Michele Olivier, "The Relevance of 'Soft Law' As a Source of International Human Rights", *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 35, 3, November 2002, s.303.

¹⁵ Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/ Boston/ London, 1991, s. 335-342.

da göz önünde bulundurmamak durumundadır. Ayrıca bu müesseseler kural olarak devletlerin rıza ve iradeleri temelinde yargılama yetkisine sahiptirler. Bu bakımdan sözü edilen müesseseler, devletler için bağlayıcı olan kuralları dikkate almak durumunda olmasına rağmen; içtihatlar temelinde devletlere yükümlülük getirme başarısı, istenilen seviyede değildir.¹⁶ Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları söz konusu olduğunda; taraf devletler bakımından meselelerin daha yakından ele alınması kaçınılmazdır.

Bu yönüyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)¹⁷ sisteminin, uluslararası teamül hukuku kapsamında değerlendirilmesi oldukça önemlidir.¹⁸ Ayrıca uluslararası hukukun kaynakları göz önüne alındığında; insan haklarıyla ilgili bir normun, uluslararası teamül hukuku kuralı olabilme kapasitesi bulunmaktadır. Ancak uluslararası teamül hukukunun, AİHS yargılama hukukundaki rolüne ilişkin literatürde yeterli düzeyde araştırmaların olmadığı söylenebilir.

AİHS’te düzenlenen bazı düzenlemelerin farklı bir hukuki zeminde değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Örneğin köleliğin yasaklanması, kanunsuz suç ve cezanın olmaması veya işkence yasağı gibi düzenlemeler bu kapsama girmektedir. Öyle ki sözü edilen yasaklar, sadece AİHS’e taraf olan devletleri değil, Uluslararası Adalet Divanı (UAD)’nin işaret ettiği gibi¹⁹ bütün devletleri bağlamaktadır.²⁰ Dolayısıyla AİHS’teki bazı hükümler, uluslararası teamül hukukunun bir parçası olduğundan tüm devletler için bağlayıcı bir niteliğe sahiptir.²¹

¹⁶ Öktem, (2013), s. 25.

¹⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 04 Aralık 1950 tarihinde imzalanmış; 03 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, Türkiye tarafından 04 Kasım 1950 tarihinde imzalanmıştır. Türkiye’nin Sözleşmeyi onaylamasının uygun bulunduğu dair 6366 sayılı Onay Kanunu, 19 Mart 1954 tarihli, 8662 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Sözleşmenin onay belgeleri, 18 Mayıs 1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine depo edilmiştir. Sözleşme Türkiye açısından, 18 Mayıs 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme’nin güncel metni için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, E.T. 21.06.2022.

¹⁸ Thirlway, (2015), s.495-496.

¹⁹ ICJ, Barcelona Traction (Belgium v. Spain), Judgment of 5 February 1970, para.32-33.

²⁰ Öktem, (2013), s.16.

²¹ Andrew J.Cunningham, , “The European Convention on Human Rights, Customary International Law and The Constitution”, *International and Comparative Law Quarterly*, 43, 3, 1994, s. 542.

Diğer taraftan AİHS'in uluslararası insan hakları hukukunda yarattığı ağırlık ve AİHS'e taraf devletlerin sayısı göz önüne alındığında; Avrupa düzeyinde (bölgesel nitelikli) teamül hukuku²² kurallarının oluşturulmasında AİHS'in etkisi göz ardı edilemez. Bu bakımdan AİHS yargılama hukuku ile uluslararası teamül hukuku arasındaki ilişki dikkatli bir şekilde ele alınmak durumundadır. Zira AİHS uluslararası bir andlaşma olduğundan uluslararası hukuk sistemi içerisinde ele alınması kaçınılmazdır.

I. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Kendine Özgü (*Sui Generis*) Yapısı

A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Avrupa Düzeyinde "Anayasal Bir Belge" Olma Niteliği

AİHS, uluslararası insan hakları hukuku düzenlemeleri içinde kendine özgü bir yapıya sahiptir.²³ AİHS'in önemi, insan haklarını uluslararası düzeyde güvence altına almasında ve bunu gerçekleştirmek için Sözleşmede ortaya koyulan taahhütlere uyulmasını sağlamak için uluslararası bir *Mahkeme* öngörmesinde yatmaktadır.²⁴ Ayrıca AİHS II. Dünya Savaşı sonrasında gelişen uluslararası insan hakları hukukunun ilk kaynakları arasında yer almaktadır.²⁵ İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (İHEB)'in ilanından sonra AİHS, getirdiği koruma mekanizması ile İHEB'te ilan edilen insan haklarının belirli bir kısmını uluslararası düzeyde güvence altına alan en eski kaynak niteliğindedir.²⁶

²² Bozkurt, bölgesel teamül kuralı görüşüne katılmamaktadır. Zira bölgesel teamül ile uluslararası teamül arasında nitelik bakımından bir fark bulunmamaktadır. Dolayısıyla bir teamül hukuku kuralı olarak meydana gelen kurallar tüm devletler için bağlayıcıdır. Bkz. Enver Bozkurt, M. Akif Kütükçü ve Yasin Poyraz, Devletler Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010, s.88.

²³ Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni 04.11.1950 tarihinde imzalamış ve 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun" un çıkartılmasıyla da onaylamıştır (T.C. Resmî Gazete, 8662, 19.03.1954). Onay belgesinin depo ettirilmesiyle birlikte AİHS, 18.05.1954 tarihinden itibaren Türkiye bakımından hüküm doğurmaya başlamıştır. Gemalmaz, (2012), s.13.

²⁴ AİHS 19.madde: "Bu Sözleşme ve protokolleri gereği Yüksek Sözleşmeciler Tarafı'na yüklenen taahhütlere uyulmasını sağlamak için, bundan böyle 'Mahkeme' olarak anılacak bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Mahkeme devamlı görev yapar."

²⁵ Özdek, (2004), s. 27.

²⁶ Bazı insan haklarının uluslararası korumaya alınması daha erken dönemlerde de

Bazı görüşlere göre AİHS'in Avrupa'nın ulus-üstü bir anayasası olma fikrine yakın olduğunu söylemek mümkündür.²⁷ AİHS'in *sui generis* yapısını ve Avrupa kıtasındaki rolünü yansıtan gelişmelerden birisi de AİHS Ek 11 No'lu Protokol ile gerçekleştirilen kurumsal reformdur. Diğeri ise Orta ve Doğu Avrupa'nın eski komünist ülkeleri de dahil olmak üzere AİHS'e taraf devletlerin sayısındaki ani ve olağüstü gelişmedir. Bu ve benzeri adımlar, AİHS'i yalnızca uluslararası bir taahhüt olarak gören akit-andlaşma²⁸ formundan çıkarmış, ulusal ve uluslararası mahkemeler tarafından doğrudan uygulanmasının yolunu açmıştır. Bu durum AİHS'in, diğeri uluslararası sözleşmelerden ayrı bir şekilde derinlemesine incelemeyi hak ettiğini göstermektedir. Bu çalışmanın amacı ise AİHS'in muhtevasında barındırdığı bütün bu özgünlükleri de göz önünde tutarak, uluslararası teamül hukukunun genel prensipleri ile ilgisini ortaya koymaktır.

AİHS'te yer alan bir hükmün uluslararası teamül hukukunun bir kuralı olarak değerlendirilmesi, insan haklarının ulusal düzeyde etkili bir şekilde korunmasında önemli etkilere sahiptir.²⁹ Ayrıca AİHS'in ulusal hukuk düzenlerindeki etkisi incelenirken 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin (VAHS)³⁰ 27. maddesi de göz önünde

görünmektedir. Örneğin azınlıkların korunması, köleliğin yasaklanması gibi konularda 19.yy ve 20.yy başlarında uluslararası sözleşmeler yapılmıştır. Ancak bu sözleşmeler sadece düzenledikleri o konuyla sınırlıdır. Ancak AİHS kapsam itibarıyla daha genişler ve getirdiği güvence mekanizması yenidir. Özdek, 2004, s. 27.

²⁷ Süheyl Batum, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İ.Ü. İletişim Fakültesi Basımevi ve Film Merkezi, Üniversite yayın No: 3761, Fakülte yayın No:702, **İstanbul**, 1993, s. 232.

²⁸ Doktrinde H.Triepel andlaşmaları yasa-andlaşma ve akit-andlaşma olarak ikiye ayırmaktadır. Bkz. Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk Dersleri I. Kitap, Turhan Kitapevi, Ankara, 1993, s. 112; Doktrinde bu ayırım oldukça sık tartışılan bir hukuk teorisi meselesi olmasına rağmen Matscher, bu ayırımın meşru olduğunu savunmaktadır. F. Matscher, "Methods of interpretation of the Convention", The European System for the Protection of Human Rights, Ronald St J. Macdonald, Franz Matscher and Herbert Petzold (Ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, s. 66.

²⁹ Francioni Francesco, "Customary International Law And The European Convention On Human Rights", *Italian Yearbook of International Law*, 9, 1999, s.12; Uluslararası andlaşmaların ulusal hukuk kurallarına dönüşebilmesi için çeşitli devletlerde gerçekleştirilen uygulama örnekleri için bkz. Zafer Gören, Temel Hak Genel Teorisi, by., İzmir, 1993, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, s. 20-22.

³⁰ Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009. Ayrıca bkz. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, E.T.20.06.2022.

bulundurulmaktadır. Zira bu maddeye göre, *bir andlaşmaya taraf olan devletin, andlaşmayı uygulamamasının gerekçesi olarak kendi iç hukukunun hükümlerini ileri sürememesi*, bir uluslararası teamül hukuk kuralıdır.³¹

AİHS ve öngördüğü koruma sistemi, uluslararası hukukun muhtevası içinde değerlendirilmelidir. Ancak AİHS'in uluslararası hukuk türünden ziyade *anayasal bir belge, özerk bir sistem* haline geldiğini savunan bazı yazarlar da bulunmaktadır.³² Bu yazarlara göre; örneğin AİHM bir kararında, AİHS'in radikal fikrinin *Avrupa kamu düzeninin özel bir anayasal aracı* olduğunu vurgulamıştır.³³ Aslında AİHS'de garanti edilen haklar, Sözleşmenin hazırlandığı tarihte Batı demokrasilerinin anayasalarında yer alan bazı medeni ve siyasi hakları içermektedir. Bu nedenle AİHS, Avrupa insan hakları sisteminin temel kaynağı olarak nitelendirilebilir.³⁴ Bu değerlendirmelerin arkasında pek çok sebebin yattığı söylenebilir. Nitekim AİHM yargıçları tarafından insan hakları değerlendirmesinin *epistemolojisi* bu noktada dikkat çekmektedir. Örneğin yargıçların çoğunluğu kendi alanlarında seçkin hukukçular olmalarına rağmen, ağırlıklı olarak uluslararası hukuktan ziyade daha çok anayasa hukuku, ceza hukuku, idare hukuku gibi alanların uzmanlarından oluşmaktadır.³⁵

Özetle AİHS'i Avrupa'nın anayasal düzeninin bir parçası olarak değerlendirmek mümkün olsa da AİHS, uluslararası hukukun genel sisteminden ayrılamayan ve uluslararası teamül hukuku ile bağlantılı bir sözleşme rejiminin de parçasıdır.³⁶ Francioni'ye göre AİHS'in anayasal bir belge olarak değerlendirilmesi, uluslararası insan hakları hukukunun özel doğasını ve Avrupa demokrasilerinin fikirlerini, inançlarını ve geleneklerini yansıtan belirgin bir uluslararası teamül hukukuna yönelik *sui generis* rejime duyulan ihtiyacı yansıtmaktadır.³⁷

³¹ Rıza Türmen, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuzda Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt. 17, 2000, s. 38.

³² Ayşe Füsün Arsava, "AİHM'in İnsan Hakları Alanında Oynadığı Anayasa Mahkemesi Rolü", *TAAD*, 9, 35, 2018, s. 1.

³³ Loizidou v. Türkiye (Preliminary Objections), Başvuru No: 15318/89, 18 Aralık 1996, para. 75 ve 93.

³⁴ Özdek, (2004), s. 28.

³⁵ Mustafa Yıldız, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı*, Alfa Yayınları, İstanbul, 1998, s. 25. Ayrıca somut bir örnek vermek gerekirse, 2019'da AİHM'e seçilen Türk Yargıç Saadet Yüksel, anayasa hukuku alanında görev yapmaktaydı.

³⁶ Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, Ekin Yayınları, Bursa, 2018, s. 480-482.

³⁷ Francioni, (1999), s. 13.

B. Çekince Rejimi Bakımından Değerlendirme

Çekince rejimi, AİHS ile uluslararası hukuk arasındaki en görünür ve tartışmalı alandır. Uluslararası teamül hukuku kapsamında; açıkça öngörülme bile, *andlaşmanın konu ve amacı ile bağdaşmadıkları sürece*, çok taraflı andlaşmalara çekince konulmasına VAHS kapsamında izin verilmektedir.³⁸ Uluslararası andlaşmalar yapılırken, devletlerin çekince öne sürmesi mümkündür. Çekince öne sürmek, söz konusu andlaşmanın belirli hükümleriyle bağlı olmama isteğini açıklamak demektir. Devletler, uluslararası bir andlaşmanın yapılmasının çeşitli evrelerinde çekince ileri sürülebilmektedir. Bir andlaşmaya çekinceyle katılmanın geçerli olması için, andlaşmanın çekince koymaya izin verir nitelikte olması gerekmektedir.³⁹

AİHS'in çekince rejimi konusundaki uygulaması ise farklı bir niteliğe sahiptir. AİHM'in bu husustaki ilk kararı olan *Belilos v. İsviçre* davasında Mahkeme, İsviçre'nin AİHS 6. maddesi açısından yaptığı beyanın çekince teşkil edip etmediğini hem şekle hem de esasa ilişkin hususları inceleyerek değerlendirmelerde bulunmuş ve neticede İsviçre'nin beyanının bir çekince teşkil etmediği kararına varmıştır.⁴⁰ Nitekim benzer bir şekilde *Loizidou v. Türkiye* davasında, başvuranın Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC)'de bulunan mallarına müdahale konusundaki şikâyeti karşısında Türk hükümeti ilk itirazını AİHM'in yetki konusuna yönelmiştir. Zira Türkiye'nin AİHM'in yargı yetkisini tanıırken bu yetkiyi açıkça Türkiye Cumhuriyeti topraklarıyla sınırlamış olduğunu; KKTC topraklarının Türkiye'nin yetki alanında olmadığını belirtmiştir. Ancak Mahkeme bu itirazı, reddetmiştir. Zira AİHM, AİHS'teki yükümlülüklerin somut ve etkin bir şekilde yorumlanması gerektiğinin altını çizmiştir.⁴¹ AİHM'e göre devletlerin koyduğu çekincelerin gerek öz gerekse de şekil bakımından geçerli olup olmadığına ve AİHS'e uygun bulunup bulunmadığını kararlaştırmaya kendisi yetkilidir.⁴²

³⁸ Villiger, (2009), s. 271.

³⁹ Seha L. Meray, *Uluslararası Hukuk ve Örgütler*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 399, Ankara, 1977, s. 200-201.

⁴⁰ Susan Marks, "Reservations Unhinged: The *Belilos* Case before the European Court of Human Rights", *The International and Comparative Law Quarterly*, 39, 2, 1990, s. 301; *Belilos v. İsviçre*, Başvuru No: 10328/83, 29 Nisan 1988.

⁴¹ *Loizidou v. Türkiye (Preliminary Objections)*, Başvuru No: 15318/89, 18 Aralık 1996, para. 71-72.

⁴² Marks, (1990), s. 307.

Ancak Francioni'ye göre "AİHM, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)'nın aksine, *uluslar üstü bir düzenin uygulanmasıyla görevli değildir*. AİHS'in hiçbir bölümünde bu tür organlara kararlarını taraf devletlerin rızasıyla değiştirme yetkisi veren bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca, Loizidou v. Türkiye davası bağlamında, *Avrupa kamu düzeninin anayasal bir aracı* olarak çokça ifade edilen AİHS nosyonu ciddi şekilde yanlış yerleştirilmiştir. Zira çekince hususunda vurgulanan şey, böyle bir özel rejimin etkin bir şekilde ortaya çıkması için, taraf devletlerin, izin verilmeyen çekincelerin etkileri hakkında karar vermek üzere AİHM'e bir tür yetki devrine rıza göstermeleri gerektiğidir. Zira böylesine ileri bir yaklaşım, tüm iyi niyetlerin ötesinde, AİHS sistemine sonradan katılanların hâlâ ihtiyaç duyduğu uyum için esnekliği ve alanı zayıflatma riski barındırmaktadır."⁴³ AİHS sistemine sonradan katılıma ilişkin Francioni'nin endişesi kanımızca artık aşılmıştır. Ancak AİHM'in KKTC özelindeki sergilediği tutum, insan haklarının uluslararası siyasi manipülasyonlara kapı aralaması bakımından da eleştiriye açıktır.

C. Ara Sonuç

Yukarıda ifade edilen hususları şu şekilde toparlamak mümkündür: Avrupa kamu düzenine yeknesak bir bakış açısı kazandırılması bakımından AİHM, Avrupa Konseyi üye devletler için *gölge anayasa mahkemesi* olarak nitelendirilse de⁴⁴ biz bu görüşe temkinli yaklaşmaktayız. AİHS sistemi, her ne kadar *sui generis* özellikler barındırmasına veya geleneksel uluslararası hukuk anlayışında ciddi etkiler yaratmasına rağmen; öngörülen sistem, uluslararası hukukun genel dokusunda vücut bulmaktadır.⁴⁵ Dolayısıyla AİHS sistemi uluslararası hukukun merkezinde yer aldığından, uluslararası teamül hukuku da AİHS sisteminin ayrılmaz bir parçasıdır.

II. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uluslararası Teamül Hukuku Arasındaki Bağlantı

AİHS'te olduğu gibi insan haklarına ilişkin pek çok uluslararası andlaşma, uluslararası teamül hukuk kurallarının bir kısmını içerisinde

⁴³ Francioni, (1999), s. 24-25.

⁴⁴ Ayşe Füsün Arsava, "AİHM'in İnsan Hakları Alanında Oynadığı Anayasa Mahkemesi Rolü", *TAAD*, 9, 35, 2018, s. 36.

⁴⁵ Gözler, (2018), s. 480-482; Kırdım ve Demirkol, (2021), s. 398.

barındırmaktadır.⁴⁶ Başka bir anlatımla yazılı halde bulunmayan bazı teamül kurallarının yazılı bir şekilde kodifiye edilmesi, uluslararası insan hakları hukuku düzenlemelerinde sıkça görülen bir olgudur. Aynı şekilde yazılı halde bulunan Bildiri, Tavsiye, Genel Yorum, Sözleşme gibi uluslararası insan hakları hukuku düzenlemeleri de uluslararası teamül kurallarının oluşmasına ve gelişmesine zemin hazırlamaktadır.

Uluslararası insan hakları hukukuna ilişkin düzenlemelerin (özellikle AİHS) uluslararası hukukun geleneksel dokusunda yarattığı etkiyi göz ardı etmek mümkün değildir. Bu nedenle uluslararası insan hakları hukukunun anlaşılması ve yorumlanmasında uluslararası hukukun ilke ve kuralları, belirleyici rol oynamaktadır. Bu anlamda AİHS'in uluslararası hukukun kural ve ilkelerine atıf içeren birçok hüküm barındırdığı vurgulanmalıdır. Nitekim AİHM yargılama sisteminde, devletin AİHS kapsamındaki yükümlülükleri yorumlamak veya tanımlamak için uluslararası hukuka çokça gönderme yapılmaktadır.

AİHS'de uluslararası hukuka atıf yapılan maddeler şu şekilde toparlanabilir: Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini düzenleyen AİHS 7.maddesine göre; *1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. 2. Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.* BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS)⁴⁷ insan haklarına ilişkin pek çok belgede de aynı hükümler ele alınmaktadır.

⁴⁶ Olivier, (2002), s. 306.

⁴⁷ Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 19 Aralık 1966 tarihinde imzaya açılmıştır. Sözleşme, 41. madde dışında, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İnsan Hakları Komitesi'ne ilişkin 41. madde ise, 28 Mart 1979 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme'yi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme'nin onaylanmasını uygun bulan 4 Haziran 2003 tarih ve 4868 sayılı Kanun, 18 Haziran 2003 tarih ve 25142 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Bakanlar Kurulu'nun 7 Temmuz 2003 tarih ve 2003 /5851 sayılı kararıyla Sözleşme'nin onaylanması kararlaştırılmış ve Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi, 21 Temmuz 2003 sayılı ve 25175 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Türkiye, onay belgelerini 15 Eylül 2003 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne tevdi etmiş ve 49. madde uyarınca, Sözleşme Türkiye bakımından 23 Aralık 2003 tarihinden itibaren hüküm doğurmaya başlamıştır. Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eski-ler/2003/07/20030721.htm#2>, E.T. 20.06.2022.

AİHS 7.madde, Avrupa insan hakları sistemini uluslararası ceza hukuku sistemiyle uyumlu hale getirmenin bir işaretidir. Şöyle ki bu maddede anılan ulusal ve uluslararası *hukuk* ifadesi, AİHS'nin diğer maddelerinde yer alan *hukuk* ifadesine denk düşmektedir. Dolayısıyla bu ifade erişilebilirlik ve öngörülebilirlik gibi unsurları barındırmak zorundadır. AİHM, bu ifadedeki *hukuk* kavramını *şekli* anlamıyla değil *maddi* anlamıyla yorumlamaktadır. Bu çerçevede, anılan kavramın içine yasa altı düzenleyici işlemler dahil yazılı olmayan hukuk kuralları da girebilmektedir.⁴⁸ Örneğin Streletz, Kessler ve Krenz v. Almanya davasında AİHM şunu hatırlatmıştır: *Sözleşme'nin 7/1 maddesindeki hukuk sözcüğü yazılı olmayan hukuku da içerdiğinden, Mahkeme davanın esasına girmeden önce, söz konusu tarihlere yazılı hukuk kurullarının üzerine çıkarılan Demokratik Almanya devletinin uygulamasını da analiz etmelidir.*⁴⁹

Olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma konusunu düzenleyen AİHS 15/1.maddesine göre; *Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.* Bu maddede uluslararası hukuk ifadesi ile yapılan gönderme ile ne anlaşılması gerektiği incelenmelidir. Uluslararası hukuk ifadesi ile anlaşılması gereken; öncelikle bir devletin taraf olduğu bölgesel ve uluslararası nitelikli andlaşmalardır. Ayrıca bu terimin kapsamına uluslararası teamül hukuku da girmektedir.⁵⁰ Bu hükümde öngörülen uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerden kasıt aynı zamanda, kaynak itibariyle uluslararası insancıl hukukun kaynakları, özellikle de 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinde⁵¹ düzenlenen ortak 3.maddeye denk düşmektedir.⁵² Öte yandan bugün artık ulusla-

⁴⁸ Osman Doğru ve Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1.Cilt, Legal Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 658.

⁴⁹ Streletz, Kessler ve Krenz v. Almanya, Başvuru No: 34044/96, 35532/97 ve 44801/98, 22 Mart 2001, para.67.

⁵⁰ Mehmet Semih Gemalmaz, Olağanüstü Rejim Standartları (Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda), BDS Yayınları, İstanbul, 1991, s. 38.

⁵¹ Bkz. <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf>, E.T. 21.06.2022.

⁵² Francioni, (1999), s. 16; 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin 3.maddesinde yer alan ortak hükümde belirtilen hususlar için bkz. Ayşe Nur Tütüncü, İnsancıl Hukuka Giriş, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s.63; AİHM'in ortak 3.maddeye ilişkin atıfta bulunduğu bir karar için bkz. Benzer ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru No:

rarası insan hakları hukuku kapsamına giren ve uluslararası andlaşma haline gelmemiş diğer düzenlemeler de değerlendirilmektedir. Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi, İHEB bunlara **örnektir**. Adı geçen düzenlemelerde yer alan ve tüm haklar için olmasa da işkence yasağı ve kölelik yasağı gibi belirli hakların *jus cogens* statüsü kazandığı kabul edilmektedir.⁵³

Kabul edilebilirlik koşullarını düzenleyen AİHS 35/1.maddesine göre de *Mahkeme'ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren dört aylık bir süre içinde başvurulabilir*.⁵⁴ Hükmü yer almaktadır. Sözü edilen maddeye ilişkin hususlar aşağıdaki başlıkta ayrıca incelenmiştir.

Mülkiyet hakkının düzenlendiği AİHS Ek 1 No'lu Protokolün 1.maddesinin ilk paragrafı ise şu şekilde kaleme alınmıştır: *Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasadaki öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir*. Mülkiyet hakkına ilişkin uluslararası hukukun genel ilkeleri hükmünün uygulaması da burada önemli bir tartışma konusudur.⁵⁵

Netice itibariyle AİHS'te uluslararası hukuka ilişkin yapılan pek çok atıf şunu göstermektedir ki: AİHS'te belirlenen yükümlülüklerin kapsamı, içeriği ve AİHS yargılama sisteminin doğası, uluslararası hukukun kapsamı dahilinde değerlendirilmektedir. Bu çalışma bakımından ise uluslararası teamül hukukunun AİHM yargılama hukukundaki rolü iki şekilde incelenmiştir: Birincisi AİHM içtihadında çeşitli davalar örneğinde uluslararası teamül hukuku kurallarına referans

23502/06, 12 Kasım 2013, para. 89.

⁵³ Gemalmaz, (1991), s. 38-39.

⁵⁴ AİHS Ek 15 No'lu Protokol'ün 1 Ağustos 2021 itibariyle yürürlüğe girmesiyle başvuru süresi altı aydan dört aya indirilmiştir. Bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/?conventions/treaty/country/TUR?module=treaty-detail&treatynum=213>, (Çevrimiçi, e.t.:11 Eylül 2021.)

⁵⁵ Uluslararası hukukun genel ilkeleri klozunun yabancılar için mi yoksa ilgili devletin kendi vatandaşları için mi uygulanabilir olduğu konusundaki tartışmalar için bkz. Haydar Burak Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilimdalı, İstanbul, 2008, s. 483-485.

yapılıp yapılmadığı ve bu tür referansların nedenleri ele alınmıştır; ikincisi ise AİHM'in uluslararası teamül hukuku kurallarına yaklaşımlarında usul yönünden etkisi değerlendirilmiştir.

A. Usul Hukuku Bakımından Değerlendirme

1. İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğünü Düzenleyen AİHS 1. Maddesine İlişkin İçtihatlar

İnsan haklarına saygı yükümlülüğünü düzenleyen AİHS 1.maddesi şu şekildedir: *Yüksek Sözleşmeciler Tarafından Kendi Yetki Alanları İçinde Bulunan Herkesin, Bu Sözleşme'nin Birinci Bölümünde Açıklanan Hak ve Özgürlüklerden Yararlanmalarını Sağlarlar.* Bu hükümde yer verilen *yetki alanları* ve *herkes* kavramları yakından incelenmelidir. AİHS 1.maddesi kapsamında taraf devletler eylemleri veya ihmalleri nedeniyle ister ulusal hukukun bir sonucu olsun, ister anlaşma veya teamül hukukunun öngördüğü uluslararası bir yükümlülüğe uymamanın bir sonucu olsun, sorumludur.⁵⁶

Yetki alanları bakımından bir değerlendirme yapmak gerekirse; Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. İtalya davasında AİHM, iddia edilen ihlalin İtalyan bayrağını taşıyan askeri gemilerde meydana gelmesi durumunda AİHS'in uygulanmasını kabul etmiştir.⁵⁷ Mahkeme, İtalya'nın olayları açık denizlerde yürütülen kurtarma operasyonları olarak tanımlayarak AİHS kapsamında yargı yetkisinden kaçamayacağını vurgulamıştır.⁵⁸ Bu durum aslında devletlerin kendi bayraklarını taşıyan gemiler ve uçaklar üzerinde yargı yetkisine sahip oldukları genel kuralının uygulanmasından başka bir şey değildir. Zira uluslararası hukuka göre, açık denizlerde seyreden gemiler, bayrak devletinin *münhasır* yargı yetkisine tabidir.⁵⁹ Uluslararası teamül hukuku hem gemilerde hem de uçaklarda bu tür taşıtlarda evrensel yargı yetkisinin kullanılmasının geçerliliğini kabul etmektedir.⁶⁰ Dolayısıyla bahsi

⁵⁶ Al-Saadoon and Mufdhi v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 61498/08, 4 Ekim 2010, para. 128.

⁵⁷ Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. İtalya, Başvuru No: 27765/09, 23 Şubat 2012, para. 76-78.

⁵⁸ Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. İtalya, Başvuru No: 27765/09, 23 Şubat 2012, para. 79.

⁵⁹ Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. İtalya, Başvuru No: 27765/09, 23 Şubat 2012, para. 77.

⁶⁰ Banković ve Diğerleri v. Belçika ve Diğerleri, Başvuru No: 52207/99, ECHR 2001-XII, para. 73.

geçen hususlar temelinde; bir devlet tarafından ülke dışında yargı yetkisinin kullanımı, uluslararası teamül hukuku tarafından kabul edilmektedir.⁶¹

Yerleşik uluslararası hukuk kurallarından farklı olarak, AİHS sisteminde devletin sorumluluğuna ilişkin davalı devletin ulusal hukuku dahilinde uygulanabilir bir tazminat hakkı sağlayan bazı özel hükümler söz konusudur. Örneğin, AİHS 5/5.maddesine göre; *Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir.* Bir diğer örnek ise, AİHS Ek 7 No'lu Protokol 3.maddesi; *Bir kişinin, kesin bir kararla cezai bir suçtan mahkum edilmesi ve sonradan yeni veya yakın zamanda keşfedilmiş bir delilin kesinlikle yanlış bir adalet uygulaması olduğunu göstermesi veya kişinin affedilmesi nedeniyle cezai kararın iptal edilmesi halinde, bilinmeyen delilin açıklanmamış olmasının tamamen veya kısmen o kişiye atfedildiğinin ispatlandığı haller dışında, böyle bir mahkumiyet sonucunda cezaya maruz kalan kişi, ilgili devletin yasası ve uygulamasına göre tazmin edilecektir.*

Bahsi geçen hükümlerin uluslararası teamül hukukunda tam bir eşdeğerini bulmak zordur.⁶² Zira devletin sorumluluğuna ilişkin uluslararası teamül hukukunda bireye, zarar görmesinden sorumlu devletlere karşı icra edilebilir bir dava hakkı verilmesini sağlamamaktadır. Aksine dava, yabancı bir formda açılmışsa; devlet ulusal hukuka veya uluslararası hukuka göre bağışık kalabilir.⁶³ Bu bağlamıyla uluslararası teamül hukukunun değişip değişmemesi hususu ayrı bir tartışma konusudur.

2. AİHM'in Yargılama Yetkisi: AİHS 32. Maddenin Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Statüsü 38/1-b Maddesiyle İlişkisi

AİHM'in yargılama yetkisini düzenleyen AİHS 32. maddesi; *1. Mahkeme'nin yargı yetkisi, 33, 34, 46 ve 47. maddelerde belirlenen koşullar uyarınca kendisine sunulan, bu Sözleşme'nin ve Protokollerinin yorumu ve uygulanmasına ilişkin tüm sorunları kapsar. 2. Mahkeme'nin yetkili olup ol-*

⁶¹ Banković ve Diğerleri v. Belçika ve Diğerleri, Başvuru No: 52207/99, ECHR 2001-XII, para. 73.

⁶² Francioni, (1999), s. 19.

⁶³ Francioni, (1999), s. 19.

madığı hakkında ihtilaf durumunda, kararı Mahkeme verir. Şeklinde hükme bağlanmıştır. Hüküm incelendiğinde, AİHM'in yargı yetkisinin AİHS ve Ek Protokolleri ile sınırlı olduğu ifade edilse de uluslararası teamül hukuku kurallarının da AİHM yargılama hukukunda belirli bir ağırlığa sahip olduğu burada vurgulanmalıdır. Nitekim yukarıda belirtildiği üzere uluslararası bir yargı organı olan AİHM'in işleyişi, uluslararası hukuk epistemolojisi üzerine kurgulanmıştır. Uluslararası hukukun kaynakları ise Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Statüsü⁶⁴ 38/1.maddesinde yer verildiği üzere; uluslararası andlaşmalar, uluslararası teamül hukuku kuralları ve hukukun genel ilkeleri olarak sıralanmıştır. Bu kaynaklar, uluslararası hukukun *geleneksel* kaynakları olarak kabul edilmektedir.⁶⁵ Ayrıca Statü'nün aynı maddesinde uluslararası hukukun iki yardımcı kaynağından, içtihat hukuku ve bilimsel çalışmalardan bahsedilmektedir. AİHM, AİHS'i yorumlarken bu tür materyallerden bol miktarda yararlanmaktadır. Ayrıca AİHM, UAD kararlarını uluslararası teamül hukukunun içeriğine ilişkin olarak UAD'nin yetkili olduğunu kabul etmektedir.⁶⁶

Sözü edilen kaynaklar dahilinde AİHS hükümlerinin kapsamını yorumlamak amacıyla bağlamsal düzeyde uluslararası teamül hukuku kurallarının ciddi anlamda yol gösterici bir kaynak olduğu söylenebilir. AİHM içtihatlarında UAD Statüsü'nün 38. maddesinde listelenen kaynaklara yapılan atıflar nadirdir. Ancak uluslararası teamül hukuku kuralları ve AİHS arasında yakın bir ilişki olduğu belirtilmelidir; zira andlaşmalar genellikle uluslararası veya bölgesel düzeyde uluslararası teamül hukuku kurallarının varlığının değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken kanıtlar sağlamaktadır. Buna göre, *uluslararası teamül kuralının, en azından orijinal şekli ve amacı bakımından Sözleşme hükmünden farklı olduğu ortaya çıktığında, bu kural gerçekten Sözleşme hükmünün sonraki okuyuş ve yorumunu etkileyebilir.*⁶⁷

⁶⁴ Statute of the International Court of Justice, *The International Law Quarterly*, 1, 1, 1947, s. 117-131.

⁶⁵ Olivier, (2002), s. 289

⁶⁶ Jonas ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 34356/06 ve 40528/06, 14 Ocak 2014, para. 198.

⁶⁷ Lalmahomed v. Hollonda, Başvuru No: 26036/08, 22 Şubat 2011, Yargıç Ziemele'nin Ayrık Görüşü.

AİHM, AİHS'i soyut bir şekilde değil, önüne gelen somut davalar⁶⁸ temelinde yorumlamaktadır.⁶⁹ Ancak, bir dava usulüne uygun olarak AİHM önüne geldiğinde; Mahkeme tam anlamıyla yargısal bir yetkiye sahiptir. Bu nedenle Mahkeme, davanın değerlendirilmesi sırasında ortaya çıkabilecek tüm olgu ve hukuksal sorunları da göz önünde tutmaktadır.⁷⁰ Aslında AİHS 32. maddenin varlığı, UAD Statüsü 38. maddesine benzer şekilde, uygulanabilir hukuku düzenleyen daha ayrıntılı bir hükmün dâhil edilmesi etrafında çok önemli bir tartışmanın sonucudur. AİHM'in bu kapsamda şu değerlendirmesi dikkat çekmektedir: *32/1.maddenin hükümleri uyarınca, yargı yetkisi, diğerlerinin yanı sıra, AİHS 34. madde uyarınca yapılan bireysel bir başvuru yoluyla kendisine atıfta bulunulan AİHS ve Ek Protokollerin yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin tüm konuları kapsamaktadır. Yerleşik içtihadına uygun olarak, AİHM'in yorumlama yetkisi AİHS ve Ek Protokollerin metniyle sınırlı olmayıp, aynı zamanda Sözleşmeye taraf bir devletin bunlarla ilgili olarak yapılan çekincelerin ve diğer tek taraflı beyanların yorumlanmasını da kapsamaktadır.*⁷¹

AİHM, AİHS'i VAHS'ta yer alan andlaşmaların yorumlanması kuralına uygun olarak yorumladığını her zaman beyan etmiştir. AİHS'te kullanılan terimlerin ve ifadelerin anlamlarını belirlemek için AİHM, esas olarak VAHS 31-33. maddelerini referans almaktadır. Öyle ki Stoll v. İsviçre kararında Mahkeme, VAHS 33. maddenin uluslararası teamül hukukunu yansıttığını teyit etmiştir.⁷² Örneğin Demir ve Baykara v. Türkiye davasında da AİHM, VAHS 31/3-c dahilindeki diğer kurallar ve taraflar arasında uygulanabilir anlayışını ayrıntılı olarak açıklama fırsatı bulmuştur; *"Aksine AİHM, taraf devletler arasındaki ilişkilerde geçerli olan uluslararası hukukun ilgili kural ve ilkelerini de dikkate almalıdır."*⁷³ AİHM devamla, uluslararası hukuka açık ve bütünleştirici bir yaklaşımın beyanı olarak görülebilecek hususu açıklamaya devam etmiştir:

⁶⁸ 2018'de yürürlüğe giren Ek 16. Protokol, taraf devletlerin belirleyeceği yüksek mahkemelerin AİHM'den istişari görüş talep edebilmelerini düzenlemektedir. AİHM'in istişari görüş verme yetkisini düzenleyen Ek 16. Protokol ile birlikte bu iddianın farklılaşabileceği tartışmaya açıktır.

⁶⁹ Lawless v. İrlanda, Başvuru No:332/57, 14 Kasım 1960, s. 8.

⁷⁰ De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika, Başvuru No: 2832/66; 2835/66; 2899/66; 18 Haziran 1971, para. 49.

⁷¹ Shamayev ve Diğerleri v. Gürcistan ve Rusya, Başvuru No:36378/02, 12 Ekim 2005, para. 293.

⁷² Stoll v. İsviçre, Başvuru No:69698/01, 10 Aralık 2007, para. 59.

⁷³ Demir ve Baykara v. Türkiye, Başvuru No: 34503/97, 21 Kasım 2006, para. 67.

Avrupa Devletlerinin ortak uluslararası veya iç hukuk standartları, daha geleneksel yorumlama araçlarının yeterli bir kesinlikle oluşturmasını sağlayamadığı bir Sözleşme hükmünün kapsamını netleştirmesi istendiğinde, Mahkeme'nin göz ardı edemeyeceği bir gerçeği yansıtmaktadır. Mahkeme, bu bağlamda, uluslararası hukuk normları arasında ortak bir zemin ararken, hukuk kaynakları arasında, bunların davalı devlet tarafından imzalanıp imzalanmadıklarına veya onaylanmadıklarına göre hiçbir zaman ayırım yapmadığını gözlemler.⁷⁴

Aynı davada AİHM değerlendirmesini şu şekilde sonuçlandırmıştır: Sözleşme metnindeki terim ve kavramların anlamlarını tanımlarken AİHM, Sözleşme dışındaki uluslararası hukuk unsurlarını, bu tür unsurların yetkili organlar tarafından yorumlanmasını ve Avrupa Devletlerinin ortak değerlerini yansıtan uygulamalarını dikkate alabilir ve almalıdır. Özel konulu uluslararası enstrümanlardan ve Sözleşmeye taraf devletlerin uygulamalarından ortaya çıkan konsensüs, belirli davalarda Sözleşme hükümlerini yorumlarken Mahkeme için ilgili bir değerlendirme oluşturabilir. Devamla; ilgili uluslararası belgelerin, uluslararası hukukta veya Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin çoğunluğunun iç hukukunda uygulanan norm ve ilkelerde sürekli bir evrimi ifade etmesi ve şunu göstermesi Mahkeme için yeterli olacaktır: kesin bir alanda, modern toplumlarda ortak bir zemin vardır.⁷⁵

Netice itibarıyla AİHM yargılama hukukunun çerçevesi, AİHS'in bir insan hakları düzenlemesi olarak özel karakteri ve Sözleşmenin yaşayan bir belge olmasıyla daha net görülebilmektedir. Nitekim Mahkeme, AİHS hükümlerinin günümüz koşulları ışığında, gelişen ulusal ve uluslararası hukuk normlarının dikkate alınarak yorumlanması gerektiğini ve özellikle AİHS'in yaşayan doğasını pek çok kararında hatırlatmaktadır.⁷⁶ İşte bu noktada ulusal ve uluslararası hukuk normlarının aynı zeminde kesiştirilmesi oldukça önemlidir.

Normlar arasında ortak bir zemin ararken AİHM içtihat hukukunda, bir devletin uluslararası bir sözleşmeyi onaylayıp onaylamadığına bağlı olarak hukuk kaynakları arasında ayırım yapıp yapmadığına dair bir ifadeyi takip etmek kolay değildir. Esasen AİHM'in vurgulamak istediği; bir devlet, belirli bir andlaşmayı onaylamamış olsa bile, ulus-

⁷⁴ Demir ve Baykara v. Türkiye, Başvuru No: 34503/97, 21 Kasım 2006, para. 76-78.

⁷⁵ Demir ve Baykara v. Türkiye, Başvuru No: 34503/97, 21 Kasım 2006, para. 85.

⁷⁶ Demir ve Baykara v. Türkiye, Başvuru No: 34503/97, 21 Kasım 2006, para. 68.

lararası hukukun hiçbir şekilde o devlete yükümlülük sağlamadığı anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla bu durum uluslararası teamül hukukundan kaynaklanan bir yükümlülük hakkında bizi düşünmeye sevk edecektir.⁷⁷ Nitekim AİHM, Cudak v. Litvanya davasında çok açık bir şekilde şu ifadelere yer vermiştir: *Uluslararası hukuk komisyonunun 1991 Taslak maddelerinin 11. maddesinin*⁷⁸ *uluslararası teamül hukuku kapsamında davalı devlet için geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Mahkeme, AİHS 6/1. maddesi anlamında mahkemeye erişim hakkına saygı gösterilip gösterilmediğini incelerken bunu dikkate almalıdır.*⁷⁹

Ancak Ziemele'e göre AİHM, bağlayıcı bir andlaşma hükmünün yokluğunda analizini daraltmak ve bir uluslararası teamül normu arayışıyla sınırlamaya istekli değildir. Mahkeme gerçekte, henüz bir kural haline gelmemiş bir eğilim hakkında hüküm vermek için çeşitli uluslararası hukuk kaynaklarının yardımcı olabilmesi için bazı yaratıcı düşünce ve hükümler için kendisine bir alan bırakmaktadır. Neticede Demir ve Baykara v. Türkiye davasının en önemli vurgulardan biri AİHM'in uluslararası hukuku *dikkate alabileceğini ve alması gerektiğini* kabul etmesidir.⁸⁰

3. İç Hukuk Yollarının Tüketilmesinin (AİHS 35/1. Madde) Uluslararası Teamül Hukuku Bakımından İncelenmesi

Kabul edilebilirlik koşullarını düzenleyen AİHS 35/1.maddesine göre; *Mahkeme'ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren dört aylık bir süre içinde başvurulabilir.* Bu madde belirtilen iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, AİHM nezdinde bir şikâyetin kabul edilebilirliğinin bir koşulu olarak ele alınmaktadır. Bu durum, uluslararası hukukun genel kabul görmüş bir kuralıdır.

Bu noktada bazı sorular ortaya çıkmaktadır. Örneğin iç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin kural, AİHM'e basit bir şekilde aktarılan

⁷⁷ Ziemele Ineta "Customary International Law in the Case Law of the European Court of Human Rights-The Method", *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 12, No.2, July 2013, s. 246.

⁷⁸ UHK'nın Devletlerin Yargı Bağışıkları ve Mülkiyetlerine İlişkin Taslak Maddeleri için bkz. ILC Yearbook, Vol.II, Part 2, 1991, s. 44, para. 14.

⁷⁹ Cudak v. Litvanya, Başvuru No:15869/02, 23 Mart 2010, para. 67.

⁸⁰ Ziemele, (2013), s. 246.

bir kural mıdır? Eğer öyleyse bu kural, UAD’de iddiaların kabul edilebilirliği için geçerli olduğu gibi, AİHS’in kabul edilebilirliği için de aynı şekilde bir geçerlilik yaratmakta mıdır? Yoksa AİHS’in hazırlanmasında sadece bir kıyas mı uygulanmıştır? Ya da oldukça farklı mı uygulama mı benimsenmiştir?

Uluslararası hukuk, yüzyıllar boyunca gelişmiştir ve iki *siyasal iktidar* doğrudan çatıştığında ve bir *siyasal iktidar* ile başka bir *siyasal iktidarın* tebaası çatıştığında farklı kurallar uygulanmıştır.⁸¹ İlk durumda, Uluslararası Sürekli Adalet Divanı (USAD)’ın Fas’taki Fosfatlar Davasında belirttiği gibi, bir fiil devlete atfedilebilir ve başka bir devletin andlaşma yükümlülüğüne aykırı olarak nitelendirilirse, iki siyasi iktidar arasında olduğu gibi uluslararası sorumluluk da derhal tesis edilecektir.⁸² İkinci durum ise şu şekilde belirtilebilir: Uluslararası hukuk, uygulanmaya başlamadan önce izlenmesi gereken çok daha karmaşık bir dizi prosedürü zorunlu kılmıştır. Bu prosedürler dizisi ulusal hukuk yollarının tüketilmesi olarak ifade edilmektedir.⁸³

1924’te de USAD, Mavrommatis kararında şunu belirtmiştir: *Bir devlet, başka bir devlet tarafından işlenen uluslararası hukuka aykırı eylemlerden zarar gördüğünde; olağan kurallar yoluyla tatmin sağlayamadığı tebaasını koruma hakkına sahip olması, uluslararası hukukun temel bir ilkesidir.*⁸⁴ Interhandel kararında da UAD, ulusal hukuk yollarının bir uluslararası teamül hukuku kuralı olduğunu açıkça belirtmiştir. Buna göre; *Uluslararası hukuk süreci başlatılmadan önce iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, uluslararası teamül hukukunun köklü bir kuralıdır; kural genel olarak, bir devletin uluslararası hukuku ihlal ederek haklarının göz ardı edildiği iddia edilen vatandaşının davasını benimsediği durumlarda gözlenmektedir.*⁸⁵

⁸¹ Tamas Kende “Distant Cousins: The Exhaustion of Local Remedies in Customary International Law and in the European Human Rights Contexts”, *ELTE Law Journal*, 2, 2020, s. 127.

⁸² Permanent Court of International Justice, Series A./B., Judgements, Orders And Advisory Opinions Phosphates in Morocco (Preliminary Objections), Judgment of June 14 th, 1938, s. 28.

⁸³ Kende, (2020), s. 128.

⁸⁴ Permanent Court of International Justice, The Mavrommatis Palestine Concessions Greece v. Britain, 30 Ağustos 1924, para. 21.

⁸⁵ ICJ, Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), 19 Aralık 2005, Yargıç Simma’nın Ayrık Görüşü, para. 36.

Ulusal hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, yüzyıllar boyunca çatışan en az iki çıkar arasında elde edilen bir uzlaşmayı yansıtmaktadır: İddia edilen ihlalin gerçekleştiği devletin ve ilgili bireyin çıkarları.⁸⁶ Ev sahibi devletin sorumluluğunu yerine getirmek ve işlenen yanlış tazmin etmek için iddianın içerdiği hukuk ve olgu meselelerinin kendi yargısı tarafından ele alınması menfaatinindedir.⁸⁷

2001'den itibaren devletlerin sorumluluğuna ilişkin Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) taslak maddeleri ulusal hukuk yollarının tüketilmesini, bir kabul edilebilirlik (prosedür filtresi) meselesi olarak ele alıyor görünmektedir ve 44. maddede şunu belirtmektedir: *Bir devletin sorumluluğu şu durumlarda ileri sürülemez: ... (b) iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının geçerli olduğu ve mevcut ve etkili herhangi bir iç hukuk yolunun tüketilmemiş olduğu iddia.*⁸⁸ UHK tarafından iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, geçerli olduğu herhangi bir davayı kapsayacak şekilde ve diplomatik korumayla sınırlı olmayan alanlarda genel terimlerle formüle edilmiştir.

II. Dünya Savaşı sonrasında itibaren devletler, iç hukuk yollarının tüketilmesi uygulamasını yurtdışındaki vatandaşların diplomatik korumasından insan haklarının korunmasına kadar genişletmiş görünmektedir. MSHS ve İhtiyari Protokolü, AIHS 35.madde ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tümü bunu sağlamakta ve sözü edilen kural bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak nitelendirilmektedir.⁸⁹ Anılan hükümler yabancılara karşı muamele alanında var olan kuralın artık insan haklarının korunmasında da uygulandığını göstermektedir. Ancak uluslararası insan hakları hukukunda iç hukuk yollarının tüketilmesi, klasik anlamda diplomatik koruma düzeninden temel olarak farklıdır. Klasik anlamda iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, yurt dışında bir zarara maruz kalan kendi vatandaşına sağlanan diplomatik koruma için bir ön koşuldur. Bu nedenle, anılan durumda

⁸⁶ Kende, (2020), s. 129.

⁸⁷ ICJ, Pleadings, Oral Arguments, Documents, Interhandel Case (Switzerland v. United States of America), 21 Mart 1959, s.27. Böyle bir durumda uluslararası bir mahkemeye başvurulabilmesi için, ihlalin meydana geldiği devletin, kendi iç hukuk sistemi çerçevesinde, kendi imkanlarıyla tazmin etme imkânına sahip olması gerekli görülmüştür.

⁸⁸ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001, United Nations, 2008, s. 120.

⁸⁹ Kende, (2020), s. 133.

öncelikle bir devlet ve bir yabancıнын uyruk devleti ile yabancı ev sahibi devlet arasında hukuki bir çatışmaya dönüşmesidir. Diplomatik koruma, yabancı uyruklu bir kişi ile ev sahibi devlet arasındaki anlaşmazlığı uluslararası hukuk alanına taşımaya hizmet eden bir araçtır.⁹⁰ Uluslararası insan hakları hukuku bağlamında ise birey büyük olasılıkla ülkesini hiç terk etmemiştir ve iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra bile çatışma, tek bir devlet ile çoğu durumda kendi vatandaşı olan bir birey arasında bir çatışma olarak kalmaya devam etmektedir.⁹¹

Toparlayacak olursak, klasik bağlamda iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı diplomatik korumanın sağlanması için bir koşul iken, uluslararası insan hakları hukuku bağlamında ise iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, uluslararası formlara erişim izni verilmesi için bir ön koşuldur.⁹² Ayrıca amaçsal farklılıklar da bulunmaktadır. Uluslararası hukukta iç hukuk yollarının tüketilmesinin birincil nedeni ev sahibi devletin egemenliğinin korunmasıdır. Bunun yanı sıra, insan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmalara iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının dahil edilmesinin başka nedenleri de bulunmaktadır. Öyle ki MSHS⁹³ ve AİHS'in hazırlık çalışmaları⁹⁴ iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının aşağıdakilerden kaçınmak için tartışıldığını göstermektedir: Birincisi, ulusal mahkemelerin yerini uluslararası mahkemelerin alması; ikincisi, uluslararası mahkemelere şikayetlerle aşırı yüklenmesi ve nihayetinde taraf devletlerin egemenliğinin korunması. Ayrıca Burden v. Birleşik Krallık kararında AİHM, sayılan hususlar dışında ilave bir neden daha ortaya koymuştur. Buna göre; ülke içindeki dinamiklerle doğrudan ve sürekli temas halinde olduğu için ulusal mahkemelerin görüşlerinden faydalanmak gereklidir.⁹⁵

AİHS sistemi gibi insan hakları koruma sistemlerinin amacı, hak ihlallerine karşı bireyleri etkin bir şekilde korumaktır. Bu nedenle AİHS

⁹⁰ Kende, (2020), s. 133-134.

⁹¹ Kıbrıs v. Türkiye, Başvuru No: 25781/94, 10 Mayıs 2001, para. 82-102.

⁹² Kende, (2020), s. 134.

⁹³ Bkz. Sarah Joseph and Melissa Castan, The International Covenant On Civil And Political Rights Cases, Materials, and Commentary, Oxford University Press, United States of America, 2013, s. 121-149.

⁹⁴ [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART26+27-CDH\(70\)30-BIL3774370.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART26+27-CDH(70)30-BIL3774370.pdf), (Çevrimiçi, E.T. 02. 09. 2021). "Ulusal mahkemelerin yetkisi, AİHM'in kurulmasıyla hiçbir şekilde zedelenmemeli veya zayıflatılmamalıdır..."

⁹⁵ Burden v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 13378/05, 29 Nisan 2008, para. 42.

sistemi ulusal ve uluslararası formlar arasında belirli bir düzeyde yük paylaşımına dayalı olarak etkili koruma sağlamayı amaçlamaktadır. Bu külfet paylaşımı genel olarak uluslararası hukukun bir gereği olarak, uluslararası mahkeme ve hakemlik müesseselerine dava açılmadan önce; ilgili devletin kendi hukuk sistemi aracılığıyla sorunları çözme fırsatına sahip olması gerektiği anlamına gelmektedir.⁹⁶ Nitekim Akdıvar ve Diğerleri v. Türkiye davasında AİHM'in şu vurgusu dikkat çekmektedir: *... iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı... devlet aleyhine davalarını uluslararası bir yargı organına götürmek isteyenlerin önce ulusal hukuk sisteminin sağladığı hukuk yollarını kullanmalarını zorunlu kılmaktadır... Bu şekilde, Sözleşme tarafından kurulan koruma mekanizmasının, ulusal sistemlere göre ikincil bir niteliğe sahip olduğu vurgulanmaktadır.*⁹⁷

AİHS Ek 15 No'lu Protokol ile AİHS başlangıç bölümüne ilştirilen *ikincilik ilkesi*, AİHS 35.maddenin ve iç hukuk yollarının tüketilmesinin önemini vurgulamaktadır.

UHK raporuna göre, uluslararası hukuk kapsamında ve AİHM bağlamında iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı farklıdır; zira AİHM uygulaması, iç hukuk yollarından ne zaman vazgeçilebileceği konusunda daha esnek ve hoşgörülüdür.⁹⁸ UHK, AİHM testinin uluslararası teamül hukukunda uygulanan testten ne kadar daha esnek olduğunu şu şekilde açıklamaktadır: *Bir devletten kaynaklanan ve uluslararası teamül hukuku uyarınca uluslararası bir mahkemede (UAD gibi) sonuçlanan davaların sayısı, örneğin AİHM önündeki dava sayılarıyla hiçbir yerde karşılaştırılmaz. Uluslararası mahkemenin aşırı yüklenmesinin gerçek bir olasılık olmasının yanı sıra, bunun başka sonuçları da vardır: Örneğin, bir ülkede bir davada kanun yolunun olmaması, aynı mahkeme önünde benzer bir davada hukuk yolunun bulunmadığının kanıtı olabilir. Ülkelerden gelen büyük dava sayıları ve davaların insan haklarıyla işlevsel olarak sınırlandırılması, mahkemenin, taraf devletlerin her birindeki yargı mercilerinin her birinin işleyişini karmaşık bir şekilde bilmesini ve bu merciin belirli bir davada bir çözüm sağlayıp sağlayamayacağını bilmesini sağlar.*⁹⁹

⁹⁶ Kende, (2020), s. 135.

⁹⁷ Akdıvar ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru No:21893/93,16 Eylül1996, para. 65.

⁹⁸ ILC, Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10).

⁹⁹ Francioni, (1999), s.11-25.

B. Maddi Hukuk Bakımından Değerlendirme

Bir uluslararası teamül hukuku kuralı bir kez oluşturulduğunda genel bir uygulama haline dönüşmektedir. Bu süreçte hem *opinio juris*'in öznel unsuru hem de devlet uygulamasının maddi unsuru mevcut olmalıdır; ikinci olarak bu kural, genel bir tutarlılık derecesi ile kapsamlı bir uygulama haline gelmelidir.¹⁰⁰ Örneğin bazı yazarlar farklı görüşlere sahip olmasına rağmen, ölüm cezasına karşı uluslararası bir teamül yasağı söz konusu değildir. Devletler arasında ölüm cezasına ilişkin tutarsız bir uygulama söz konusu olduğundan; bu durum aynı zamanda bahsi geçen konuya ilişkin uluslararası bir konsensüs açığını da yansıtmaktadır.¹⁰¹ Ölüm cezasına ilişkin devlet uygulamalarının yeknesak hale gelmesinden ziyade, parçalı bir görünüm sunması, bu tür bir yasağın kesin bir norm haline gelmesini baltalayan bir *opinio juris* eksikliğinden kaynaklanmaktadır. Bunun somut yansımalarını insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerde görebilmek mümkündür. Nitekim, MSHS'nin 6 maddesi, hiç kimsenin *keyfi olarak hayatından yoksun bırakılmayacağını ve ölüm cezasını kaldırmamış ülkelerde ölüm cezasının ancak en ciddi suçlar için verilebileceği* şeklinde düzenlenmiştir. Aslında bu durum aynı zamanda, ölüm cezasına ilişkin uluslararası bir konsensüs olmasa da özellikle bu cezanın uygulanmasında katı bir orantılılık ilkesinin gözetilmesi gerektiğini de yansıtmaktadır; zira ölüm cezasının istisnaları anılan düzenlemede, cinayet gibi en ciddi suçlar için öngörülmüştür.¹⁰²

Diğer taraftan 11 Temmuz 1991'de yürürlüğe giren *Ölüm Cezasının Kaldırılmasını Amaçlayan, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye Ek İkinci İhtiyari Protokol*'ü MSHS'e imza koymuş devletle-

¹⁰⁰ Thio Li-Ann, "It Is A Little Known Legal Fact': Originalism, Customary Human Rights Law And Constitutional Interpretation", *Singapore Journal of Legal Studies*, 2, 2010, s.566.

¹⁰¹ UN Commission on Human Rights Report on the death penalty (UN Commission on Human Rights, Question of the Death Penalty: Report of the Secretary-General submitted pursuant to Commission resolution 2002/177, UN ESCOR, 59th Sess., UN Doc. E/CN.4/2003/106 (2003)); ölüm cezasının kaldırılması yönünde ortaya çıkan bir eğilim olarak kabul edilebilecek olan; bazılarına göre yeni bir *opinio juris*'in kanıtı olabilirken, diğerlerine göre, *opinio juris*'in yokluğunu ifade etmektedir. Bkz. J. Schwebel'in ayrık görüşü, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996, ICJ Rep., s. 226-319.

¹⁰² Dijk, P. Van and van Hoof, G.J.H. *Theory and Practice of the European Convention*, Kluwer Law International, The Netherlands, 1998, s. 303.

rin imzasına açıktır.¹⁰³ Bu Protokol aynı zamanda ölüm cezasının kaldırılması hususunda devletlerin bir konsensüs etrafında birleşmesine de hizmet etmektedir.

Ölüm cezası konusunda AİHS kapsamındaki coğrafi alanda, sıfır tolerans söz konusudur. Bu haliyle coğrafi alan itibariyle ölüm cezası bakımından dünyanın diğer bölgelerinin aksine bölgesel bir konsensüs söz konusudur. Bölgesel konsensüs olgusu, Avrupa Konsensüsü başlığı ile aşağıda ayrıca ele alınmıştır.¹⁰⁴ Burada vurgulanması gereken husus ise *ölüm cezası* gibi özel bir konuda AİHS yargılama hukukunun uluslararası teamül hukuku ile spesifik bir konuda birleştiğini görmektir.¹⁰⁵

Nitekim AİHM, Soering v. Birleşik Krallık davası *ölüm bekleyişi olgusunu* şu şekilde tanımlanmaktadır: *Ölüm bekleyişi olgusu, ölüm cezasının mahkûm edilme tarihinden başlayarak, bu cezanın infazına kadar geçen sürede mahkûmun içinde bulunduğu durumu ifade etmektedir.*¹⁰⁶ Soering v. Birleşik Krallık davası suçluların iadesi, uyuşmazlığın doğrudan tarafı olmayan üçüncü bir devletin süreçlere müdahalesi gibi çeşitli ve farklı hukuksal problemleri içeren karmaşık bir davadır.¹⁰⁷ Bu davada görüş yazan yargıç De Meyer'e göre AİHS'e taraf bir devlet talep eden ülkede ölüm riski ile karşılaşılabilir bir kimseyi geri gönderemez. Bu tür koşullar varken bir kimsenin iade edilmesi *Avrupa adalet standartları* ve *Avrupa kamu düzeni* ile çelişecektir.¹⁰⁸ Daha basit bir anlatımla AİHS'in kurduğu sisteme, genel olarak uluslararası insan hakları hukuku ile

¹⁰³ Türkiye Cumhuriyeti adına 6 Nisan 2004 tarihinde New York'ta imzalanan ve 28.10.2005 tarihli ve 5415 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ekli "Ölüm Cezasının Kaldırılmasını Amaçlayan Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye Ek İkinci İhtiyari Protokol"ün onaylanması; Dışişleri Bakanlığı'nın 29/11/2005 tarihli ve AĞY/469426 sayılı yazısı üzerine, 31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 12/12/2005 tarihinde kararlaştırılmıştır.

Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/12/20051227-3.htm>, E.T. 21.06.2022.

¹⁰⁴ Bkz. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılama Hukukunda Bir Yorum Yöntemi Olarak Kullanılan "Avrupa Konsensüsü" nün Uluslararası Teamül Hukuku Kurallarının Doğuşundaki Rolü".

¹⁰⁵ Francioni, (1999), s. 21.

¹⁰⁶ Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, Kavram Yayınları, İstanbul, 1994, s. 98.

¹⁰⁷ Soering v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 14038/88, 7 Temmuz 1989.

¹⁰⁸ Soering v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 14038/88, 7 Temmuz 1989, Yargıç De Meyer'in Görüşü.

belirginleşen çağdaş anlayışa ve özelde Avrupa kamu düzeni ile adalete aykırı olan/olması gereken husus, bizzat ölüm cezasının kendisidir. Dolayısıyla ölüm bekleyişi olgusunun *insanlık dışı ve aşağılayıcı* niteliğe sahip olması, bunun somut bir yansımasıdır.¹⁰⁹

Aslında uluslararası teamül hukuku kurallarının doğuşu, mümkün olduğu kadar çok devletin o konuya ilişkin uygulamasının ortak zeminde buluşturulmasıdır.¹¹⁰ Bu tür bir uygulamayı tutarlı bir şekilde sınıflandırmak zahmetlidir; üstelik hiçbir ulusal veya uluslararası mahkeme, bir şeyin teamül kuralı olup olmadığını ilan etmeden önce bu kadar detaylı bir inceleme içine girmeyecektir.¹¹¹ Bu nedenle uluslararası mahkemeler ve hakemlik müesseseleri tarafından benimsenen yöntem, devlete atfedilebilen ve devlet tarafından reddedilmeyen kaynaklara referans göstermektir. Uluslararası teamül hukukunun değerlendirilmesi için kullanılan diğer kaynaklar ise devlet uygulaması olmasa da ikna edici bir kanıt olarak ilgili uluslararası mahkemeler ve hakemlik müesseselerinin kararlarıdır. Ancak, bu yapıların kararları ile devlet uygulamaları arasındaki herhangi bir çatışmanın değerlendirilmesinde devlet uygulaması galip gelmektedir.¹¹²

Netice itibariyle uluslararası teamül hukukunun değerlendirilmesi, yeknesak ve yaygın devlet uygulamaları temelinde hangi davranışların yasak, gerekli veya özel olarak izin verildiğine dair tamamen tümevarımsal bir süreçtir. Dünyada 200'e yakın devlet olduğu düşünüldüğünde, her bir devletten her konuda uygulama ve hukuki görüş toplamak imkansızdır.¹¹³ Bu nedenle, bir uygulamanın neredeyse yeknesak olup olmadığına karar verilirken, farklı devletlerin, bazıları bir şeyi yaparken veya başka bir şeyi iddia ederken, önemli ölçüde farklı davranışlarda bulunmamış olması gerektiğine güvenilmiştir. Üstelik UAD'nin belirttiği gibi *birkaç belirsizliğe veya çelişkiye çok fazla önem verilmesi gerekli değildir*.¹¹⁴

¹⁰⁹ Gemalmaz, (1994), s. 110-111.

¹¹⁰ Uluslararası insan hakları hukuku düzenlemelerine mümkün olduğu kadar çok devletin dahil olması halinde; uluslararası teamül hukuku kurallarının bağlayıcı hale gelmesinin önünü açacağı hakkındaki görüş için bkz. Kırdım ve Demirkol, (2021), s. 406.

¹¹¹ Louise Doswald Beck, "Developments in Customary International Humanitarian Law", *Swiss Review of International and European Law*, 15, 3, 2005, s.473.

¹¹² Beck, (2005), s. 474.

¹¹³ Beck, (2005), s. 475.

¹¹⁴ ICJ, Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), Reports of Judgment, 18 Decem-

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılama Hukukunda Bir Yorum Yöntemi Olarak Kullanılan “Avrupa Konsensüsü”nün Uluslararası Teamül Hukuku Kurallarının Doğuşundaki Rolü

Avrupa Konsensüsü AİHM tarafından oluşturulan ve ahlaki/politik olarak hassas konuları içeren davaları karara bağlamak için kullanan bir yorumlama yöntemidir. Yöntem, insan hakları standartlarının ortaya çıkışı hakkında belirli bir konsensüsü yansıtan Avrupa devletlerinin uygulamalarındaki evrimin tanımlanması için bir araç olarak karşılaştırmalı analizden oluşmaktadır. AİHM, herhangi bir konuda konsensüs tespit ederse, kendi yargı yetkisi dahilindeki tüm devletleri bağlayan ortak bir Avrupa standartları oluşturmasına izin vermektedir. Bu durum, Avrupa konsensüsünü daha geniş kapsamlı evrensel ve dinamik yorumlamanın bir parçası yapmakta;¹¹⁵ salt devlet merkezli norm üretiminin de törpülediğine işaret etmektedir. Zaten aksi durumda AİHS’in modern toplumlar üzerinde sahip olduğu zorlayıcı gücü zarar görecektir. Netice itibariyle herhangi bir davada AİHM, Avrupa konsensüsüne atıfta bulunduğu, bunun aslında bir teamül hukuk kuralı olup olmadığının anlaşılması için dikkatli bir inceleme yapılması gerekmektedir. Konsensüs yöntemi, ister teamül hukukunun gelişmesinde bir unsur olsun, isterse uluslararası mahkemeler ve hakemlik müesseseleri tarafından bir karar verme tekniği olarak değerlendirilsin, uluslararası hukukta her zaman belirleyici bir rol oynamaktadır.¹¹⁶

AİHM’in yorumlanmasına ilişkin ise Avrupa konsensüsü, (bölgesel düzeyde) bir teamül kuralının ortaya çıkmasında bir yöntem olarak görülebilir mi? Aslında Avrupa konsensüsü, özü itibariyle AİHS’te tanınan bir hakka ilişkin ortak eğilimlerin AİHS’e taraf devletler arasındaki varlığını araştırmak amacıyla devlet uygulamalarının karşılıklı analizinden meydana gelmektedir.

ber 1951, s. 131.

¹¹⁵ Vassilis P. Tzevelekos and Kanstantsin Dzehtsiarou, “International Custom Making and the ECtHR’s European Consensus Method of Interpretation”, *European Yearbook on Human Rights*, Vol.16, 2016, s. 1

¹¹⁶ Anatoly Kovler, Vladimira Zagrebelsky, Lech Garlicki, Dean Spielmann, Renate Jaeger ve Roderick Liddell, “The role of consensus in the system of the European Convention on Human Rights”, *Dialogue between Judges*, European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, 25 Ocak 2008, s. 10.

Yukarıda da belirtildiği üzere AİHM, AİHS'in yorumlanmasında teamül kurallarının önemli olduğuna karar vermiştir. Örneğin Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. İtalya davasında Mahkeme, yargı yetkisi kavramına ilişkin AİHS 1. maddesine bağlamındaki yorumunu *uluslararası teamül hukuku ve andlaşma hükümlerine* dayandırdığını belirtmiştir.¹¹⁷ Ziemele, AİHM'in en az iki durumda uluslararası teamül hukuku kurallarını kullandığına dikkat çekmektedir: İlk olarak AİHM, uluslararası hukuka tabi bir konuyu ele aldığı anda; ikincisi ise Avrupa konsensüsü oluşturmaya çalıştığı anda.¹¹⁸

Bazı yazarlara göre ise AİHM'in genel çizgisi netleştirilmeli ve uluslararası hukuk ile uyumlu hale getirilmelidir. Zira standartları belirleyen çok taraflı insan hakları andlaşmaları, uluslararası teamül hukukunun kurallarını ifade edebilir ve uluslararası teamül hukukunun oluşturulmasını hızlandırabilir.¹¹⁹ Bu nedenle AİHM, uluslararası hukuk kaynaklarına bağlanabilecek daha belirgin bir yorum mekanizmasına ihtiyaç duymaktadır. Zira Avrupa konsensüsünün uluslararası hukukun kaynağı olan uluslararası teamül hukuku kuralları ile yakın bir ilişki içinde olduğunu söylemek mümkündür.¹²⁰

Avrupa Konseyi coğrafyasında uyumun temeli, bağlayıcı olmayan normlar da dahil olmak üzere bütüncül bir yaklaşımın benimsenmesine bağlıdır. Bir konuda Avrupa konsensüsü söz konusu ise bu durum, yaşayan bir belge olan AİHS'e uyumun konsensüs tarafından motive edildiğini göstermektedir. Dolayısıyla burada önemli olan düzenleyici rejimde yerleşik olan belirli bir normun *sertliği* değil, o normun *etkililiği ve meşruiyeti* bakımından daha iyi bir uluslararası iş birliği metodolojisini elde etmektir.¹²¹

Bu zamana kadar AİHM, *soft law*'un özellikleri veya tartışmalı hukuk kaynaklarının kullanımı konusunda kesin bir yorumda bulunmamıştır. *Soft law*, bazı durumlarda uluslararası teamül hukukunu ifade

¹¹⁷ Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. İtalya, Başvuru No 27765/09, 23 Şubat 2012, para. 75.

¹¹⁸ Ziemele, (2013), s. 248.

¹¹⁹ Wildhaber Luzius/ Hjartarson Arnaldur/ Donnely, Stephen "No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Journal*, 33, 7-12, Basel, Reykjavik, London, 2013, s. 254.

¹²⁰ Kanstantsin Dzehtsiarou, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2015, s. 6.

¹²¹ Cynthia Crawford Lichtenstein, "Hard Law v. Soft Law: Unnecessary Dichotomy?", *The International Lawyer*, 35, 4, 2001, s. 1440.

edebilirken, bazı durumlarda ise sadece bu tür bir hukukun oluşumunun habercisi olabilir; ancak yine de hiçbir zaman bağlayıcı bir kural haline dönüşmeyebilir. *Soft law*'u çok kolay bir şekilde uluslararası teamül hukuk kuralı olarak görenler, paradoksal olarak uluslararası hukukun genel bağlayıcı karakterine olan inancı yumuşatma riskini taşıırken, *soft law*'u zorunlu olarak bağlayıcı bir kuraldan daha düşük olarak görenler abartılı karamsarlardır. Bu tartışmalara ihtiyatlı yaklaşmak yerinde olacaktır. Zira bunlar ya *soft law*'un bağlayıcı normlara dönüştüğü iddialardır ya da uluslararası hukukun kaynaklarının değişime uğradığı anlamını taşımaktadır. İlk kategoriye göre, herhangi bir iddia, devletin gerçek taahhütlerini gerçekten temsil edip etmediğini başka bir deyişle uluslararası teamül hukuku teşkil edip etmediğini belirlemek için dikkatli bir analiz gerektirir. İkinci kategoride ise uluslararası sistemin yapısına devrim niteliğinde bir değişiklik iddiasıdır ve çok daha tartışmalıdır. İddia, uluslararası hukukta geçerlilik kriterlerinde bir değişiklik olduğu ve bunun kabulünün uluslararası hukuk kaynaklarının yeniden işlenmesini gerektireceği yönündedir.¹²² AİHM'in, *soft law* ve Avrupa konsensüsün oluşumuna olası katkısı hakkında daha eleştirel ve belirleyici değerlendirmelerde bulunması gerektiğinin ise burada altı çizilmelidir.¹²³

AİHM içtihatlarında Avrupa konsensüsüne başvurmak, uluslararası bir yargıcın (bölgesel) uluslararası teamül hukuku hakkında düşünmesini sağlayabilmektedir. Hatta Öktem'e göre AİHM'in kullandığı konsensüs kavramı, aslında bölgesel¹²⁴ bir *opinio juris* olarak nitelendirilmektedir.¹²⁵ Ancak burada dikkatli olmak gerekir; zira, bazı durumlarda AİHM'in Avrupa konsensüsü olarak değerlendirdiği şey, aslında Avrupa devletleri arasında kabul edilen bir normla örtüşebilir veya A., B. ve C. v. İrlanda davasında olduğu gibi sadece belirli bir bağlayıcı kural oluşturmayan benzer uygulamalara ilişkin bir atıf ni-

¹²² C.M. Chinkin, "The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law", *The International and Comparative Law Quarterly*, 38, 4, 1989, s. 856.

¹²³ Wildhaber/Hjartarson / Donnely, 2013, s. 256.

¹²⁴ Bölge kavramı sadece coğrafi değil, ideolojik veya dini bir bütünlük olarak ele alınacak olursa, bölgesel kodifikasyon çalışmalarına, alternatif bir İslami insan hakları söylemi arayışıyla, Müslüman devletlerin veya örgütlerin katılımıyla gerçekleştirilen çeşitli İslam insan hakları bildireleri örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Öktem, (2013), s. 387-388.

¹²⁵ Öktem, (2013), s. 387.

teliğinde olabilir.¹²⁶ Bu bakımdan Avrupa konsensüsü ile uluslararası teamül hukuku arasında bazı benzerlikler olmasına rağmen özdeş değildir. Zira Avrupa konsensüsü aracılığı ile ortaya koyulan normatif dönüşüm, AİHM tarafından bir teamül kuralı olarak değil, evrimsel bir yorum yöntemi olarak kabul edilmektedir.¹²⁷

Ulaşılan sonuç, Avrupa konsensüsü ve teamül birbiriyle çok yakın bir ilişkin içinde olmasına rağmen ikisi arasında önemli farklılıklar bulunduğu. Avrupa konsensüsü, teamül ile özdeş değildir. Ancak zaman içerisinde AİHM, (bölgesel) bir teamül kuralını Avrupa konsensüsü ile örtüşen bir yaklaşım olarak benimsemeye yönelirse durum farklılaşacaktır.¹²⁸ Elbette AİHM'in Avrupa konsensüsü temelinde uluslararası bir teamülün varlığını benimsemesi mümkündür. Ancak şu an itibarıyla Avrupa konsensüsünün çıktılarını bir teamül kuralı olarak değerlendirmek mümkün değildir.

Diğer taraftan Avrupa konsensüsü ile uluslararası teamül hukuku arasındaki benzerlikleri de göz ardı etmek mümkün değildir. Ancak Avrupa konsensüsünün bir teamül kuralı sayılabilmesi için, öncelikle *özerk bir şekilde ayakta durma kabiliyetine* sahip olması gerekmektedir. Başka bir deyişle AİHS'in yokluğunda, en azından bu andlaşmanın uygulanmak üzere tasarlandığı bölgede devletleri bağlamaya gücü yetebilmelidir.¹²⁹ Örneğin Avrupa Konseyi'nden kesin olarak çıkan (veya çıkarılan) bir devlet için, önceden Avrupa konsensüsü ile ortaya çıkmış olan bir kuralın o devlet bakımından bağlayıcı olup olmayacağı hususu tartışılması gereken önemli bir meseledir.

Ziemele'e göre Avrupa konsensüsü, (bölgesel) bir teamül oluşturmadan ziyade Avrupa'daki sosyal süreçlerin ve eğilimlerin AİHS sistemine dahil edilmesi işlevine sahiptir.¹³⁰ Zira Avrupa konsensüsü, bölgesel nitelikteki teamül kuralları ile eşdeğer bir özelliğe sahip olsaydı AİHS'e taraf olmayan Avrupa devletlerinin buna bağlı olması gerekecekti.¹³¹ Kanımızca şu an itibarıyla böylesine bir yaklaşım gerçekçi bir değerlendirme olmayacaktır.

¹²⁶ Ziemele, (2013), s. 250-251.

¹²⁷ Tzevelekos/Dzehtsiarou, (2016), s. 8.

¹²⁸ Tzevelekos /Dzehtsiarou, (2016), s. 1.

¹²⁹ Tzevelekos/Dzehtsiarou, (2016), s. 3

¹³⁰ Ziemele, (2013), s. 251.

¹³¹ Örneğin, Belarus ve Kosova, Avrupa Konseyi üyesi veya AİHS'nin imzacısı değildir. Ayrıca, Avrupa Konseyi'nin tüm üye devletleri Sözleşme'nin tüm Protokollelerini onaylamamıştır.

Avrupa konsensüsü adından da anlaşıldığı üzere, Avrupa'nın ve daha spesifik olarak, 47 Avrupa devletinin (yani AİHS'i imzalayan tarafların) sınırlarıyla sınırlıdır. Bu nedenle, dikkatlerden kaçmaması gereken şey, *Avrupa konsensüsünün yalnızca bölgesel geleneklerle paralellik kurmaya izin vermesidir*.¹³² Bu durum, bölgesel ve uluslararası teamül kuralları arasında geçerli olabilecek farklılıklar sorusunu gündeme getirmektedir. Bölgesel teamül kuralı söz konusu olduğunda, onun kurucu unsurlarının uluslararası teamül kuralında olduğundan daha sağlam ve yoğun olması gerektiği savı ileri sürmek mümkündür. Zira bölgesel teamül, uluslararası teamülden daha çok devlet iradesine/rızasına dayanmaktadır.¹³³

2. Jus Cogens Doktrini

Uluslararası hukuk bakımından iki tür kural arasında normatif bir farklılaşma gerektiren jus cogens (emredici norm) kavramı, uluslararası hukuk normları içinde, devletlerin herhangi bir andlaşma ile ihlal edemeyecekleri ya da aykırı bir kural öngöremeyecekleri bazı üstün normları ifade etmektedir. Bu normlar, uluslararası hukuk düzeninde güçlü bir normatif etkiye sahiptir.¹³⁴ VAHS 53.maddesi, akdedildiği anda jus cogens ile çelişen her andlaşmanın batıl olduğunu öngörmektedir. Aynı sözleşmenin 64.maddesi ise sonradan ortaya çıkan jus cogens normuna ilişkin durumu düzenlemektedir. Buna göre; sonradan ortaya çıkan bir jus cogens normu ile çatışan mevcut andlaşmalar batıl sayılacak ve bu andlaşmalar sona erecektir.¹³⁵

UAD, işkence yasağını uluslararası teamül hukukunun bir parçası olarak nitelendirerek, bunun kesin bir norm (jus cogens) haline geldiğini vurgulamıştır. Buna göre; *Bu yasak, yaygın bir uluslararası uygulamaya ve devletlerin opinio jurislerine dayanmaktadır ve çok sayıda uluslararası belgede*

¹³² AİHM'in adı bu açıdan açıklayıcıdır. Ayrıca, bu insan hakları koruma sisteminin bölgesel kapsamı, Avrupa Konseyi Statüsü'nün önsözünde ve 4. maddesinde eşit derecede açıktır. Örneğin Malavi'nin AİHM'e taraf olmasına izin verilmemesinin nedeni budur. Tzevelekos /Dzehtsiarou, s. 4.

¹³³ Tzevelekos /Dzehtsiarou, 2016, s. 4; Krş. Görüş için Bkz. Bozkurt vd., (2010), s. 88.

¹³⁴ Mahmut Göçer, Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması Uluslararası Hukukun İnsan Hakları Alanına Uygulamasından Kaynaklanan Kimi Sorunlar Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 170-171.

¹³⁵ Öktem, (2013), s. 333.

yer almaktadır. (Özellikle 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirisi; savaş mağdurlarının korunmasına ilişkin 1949 Cenevre Sözleşmeleri; 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi; Herkesin İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Maruz Kalmaktan Korunmasına Dair 9 Aralık 1975 tarih ve 3452/30 sayılı Genel Kurul kararı) ve hemen hemen tüm devletlerin iç hukukuna girmiştir; son olarak, işkence eylemleri ulusal ve uluslararası forumlarda düzenli olarak kınanmaktadır.¹³⁶

Uluslararası teamül hukuku, uluslararası hukukun temel yapısını oluşturmaktadır ve teamül kuralına başından itibaren ısrarlı şekilde itiraz eden devletler hariç tüm devletler için bağlayıcıdır. Jus cogens statüsüne kavuşan uluslararası insan hakları hukuku normları ise uluslararası teamül hukuku normlarına göre daha dardır.¹³⁷ Uluslararası insan hakları hukukunun jus cogens doğasına ilişkin, otoriter normların bütün insan haklarını kapsadığı konusunda kuramsal bir görüş bulunmaktadır. Bütün insan haklarının jus cogens niteliğine sahip olmadığı; ancak insan onuru, yaşam hakkı, aile hakları ve bu en yüksek ilkelerden türeyen insan faaliyetlerinin özgürlüğünü koruyan temel kuralların, bu normlara ait olduğu genel olarak kabul görmektedir.¹³⁸

Nihayetinde uluslararası insan hakları hukuku normları, uluslararası teamül hukuku kuralları olarak sıralanırsa; UAD'nin Barselona Traction kararında yaptığı açıklamaya göre, genel olarak, bu yükümlülüklerin erga omnes, bir bütün olarak uluslararası topluma karşı yükümlülükler gibi yükümlülükler olması gerektiği kabul edilmektedir.¹³⁹

Sonuç

Uluslararası düzenlemelerin, uluslararası teamül hukukunun bazı kurallarını içerisinde barındırdığı açıktır. İnsan haklarına ilişkin uluslararası düzenlemeler uluslararası hukukta önemli kırılmalar yaratmıştır. Nitekim uluslararası ve bölgesel koruma mekanizmaları-

¹³⁶ Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belçika v. Senegal), ICJ Raporlar 2012, s. 422, para. 99.

¹³⁷ Elena Tilovska-Kechedji, "International Law Influencing European Law in The Case of Human Rights", *Law Series of the Annals of the West University of Timisoara*, 1, 2017, s. 28.

¹³⁸ Demet Şefika Mangır, *Uluslararası Toplumun Anayasası Jus Cogens*, Nobel Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 166.

¹³⁹ ICJ, Barselona Traction (Belgium v. Spain), Judgment of 5 February 1970, para. 8, 28 ve 33.

nın ortaya koyduğu pek çok kararda sözü edilen durumları görmek mümkündür. Bu kararlarda önemli ölçüde AİHS'e atıfta bulunulması, devletlerin konuya ilişkin uluslararası teamül hukuku kuralına ilişkin algısına kanıt niteliğindedir. Ancak AİHS hükümlerinin uluslararası teamül hukukuna pratik etkisi sınırlıdır. Zira AİHS'te garanti edilen haklar zaten ulusal boyutta korunmaktadır.

AİHM'in temel amacı, devletlerin insan haklarına ilişkin yükümlülükleri söz konusu olduğunda, birbiriyle çatışan uluslararası yükümlülüklerle girmemelerini sağlama sorumluluğunu belirtirken, uluslararası hukukun uygulanabilir farklı kurallarının uyumlu bir şekilde bir arada var olmasını sağlamaktadır. Başka bir ifadeyle AİHM, AİHS'in uluslararası hukukun diğer kuralları üzerinde fiili bir önceliğe sahip olacağı yönünde bir pozisyon almamaktadır. Bu süreçte Avrupa devletlerinin insan haklarına ilişkin daha proaktif olmalarını, böylece normatif süreçlere dahil olması gerektiğinin de altını çizmektedir. Ancak temel hak ve özgürlüklerin kapsamının çözümünde, yasama organının ağırlığı göz ardı edilemez. Diğer taraftan insan haklarının, uluslararası teamül hukukuna dayanmamakla birlikte, herhangi bir andlaşma ile oluşturulmayan, ancak uluslararası teamül hukuk kuralı oluşumunun katı gerekliliklerine de tabi olmayan, bir alana denk düştüğü de söylenebilir.

Bu çalışma temel olarak, kendisinden sonraki çalışmalar için bazı soruları gündeme getirmeyi amaç edinmiştir. Örneğin AİHS'in bazı bölümlerinin uluslararası teamül hukuku kuralı olduğu göz önüne alındığında; insan haklarının korunmasının uluslararası ve bölgesel düzeydeki yükümlülükleri arasında bir çatışma olması durumunda, uluslararası ve bölgesel teamül hukuku arasındaki ilişki nasıl açıklanmalıdır? Teamül hukuku meselesi olarak, ağır ve büyük ölçekli insan hakları ihlallerinden kaynaklanan durum ile özellikle diğer devletlerin maruz kalabileceği tepkilerin çeşitliliği bakımından daha düşük yoğunluktan kaynaklanan hak ihlalleri arasında bir ayırım yapılması gerekir mi? Öte yandan Avrupa devletlerinin birleşmesiyle kurulan Avrupa Birliği'nin AİHS'e Birlik olarak katılması durumunda, üye devletlerde ortak olan; uluslararası teamül hukuku kuralları ve AİHS arasındaki ilişki nasıl açıklanacaktır? Elbette bu soruları çoğaltmak mümkündür; bu konuda daha fazla akademik çalışma ve hukuki analiz gereklidir.

Kaynakça

Kitaplar

- Batum Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İ.Ü. İletişim Fakültesi Basımevi ve Film Merkezi, Üniversite yayın No:3761, Fakülte yayın No:702, İstanbul, 1993.
- Bederman David J., *International Law in Antiquity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- Bozkurt Enver; Kütükçü, M. Akif ve Poyraz, Yasin, *Devletler Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.
- Dijk P. Van and van Hoof, G.J.H., *Theory and Practice of the European Convention*, Kluwer Law International, The Netherlands, 1998.
- Doğru Osman ve Nalbant, Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1.Cilt*, Legal Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Dzehtsiarou Kanstantsin, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2015.
- Gemalmaz Mehmet Semih, *Olağanüstü Rejim Standartları (Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda)*, BDS Yayınları, İstanbul, 1991.
- Gemalmaz Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, Kavram Yayınları, İstanbul, 1994.
- Gemalmaz Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 2*, Legal Yayıncılık, 8. Bası, İstanbul, 2012.
- Gemalmaz Haydar Burak, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Doktora Tezi*, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilimdalı, (Danışman: Prof. Dr. Oktay Uygun), İstanbul, 2008.
- Göçer Mahmut, *Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması Uluslararası Hukukun İnsan Hakları Alanına Uygulamasından Kaynaklanan Kimi Sorunlar Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Gören Zafer, *Temel Hak Genel Teorisi, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı*, İzmir, 1993.
- Gözler Kemal, *İnsan Hakları Hukuku*, Ekin Yayınları, Bursa, 2018.
- Gözübüyük A. Şeref; Gölcüklü, Feyyaz; Saygılı, Abdurrahman, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, Turhan Kitabevi, Tamamen Yenilenmiş 12. Bası, Ankara, 2019.
- Joseph Sarah ve Castan, Melissa, *The International Covenant On Civil And Political Rights Cases, Materials, and Commentary*, Oxford University Press, United States of America, 2013.
- Mangır Demet Şefika, *Uluslararası Toplumun Anayasası Jus Cogens*, Nobel Yayıncılık, Ankara, 2015.

- Matscher F., "Methods of interpretation of the Convention", The European System for the Protection of Human Rights, Ronald St J. Macdonald, Franz Matscher and Herbert Petzold (Ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993.
- Meray Seha L., Uluslararası Hukuk ve Örgütler, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No:399, Ankara,1977.
- Öktem Emre, Uluslararası Teamül Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.
- Özdek Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye AİHS Sistemi AİHM Kararlarında Türkiye, TODAİE, Ankara, 2004.
- Pazarıcı Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri I.Kitap, Turhan Kitapevi, Ankara, 1993.
- Salihpaşaoğlu Yaşar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Schachter Oscar, International Law in Theory and Practice, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1991.
- Şahin Adil, Batı'lı Anlamda Özgürlük Versus İktidar, Celepler Matbaacılık, Trabzon, 2015.
- Tütüncü Ayşe Nur, İnsancıl Hukuka Giriş, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.
- Villiger Mark E., Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009.
- Yıldız Mustafa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, Alfa Yayınları, İstanbul, 1998.

Makaleler ve Kitap Bölümleri

- Arsava Ayşe Füsun, "AİHM'in İnsan Hakları Alanında Oynadığı Anayasa Mahkemesi Rolü", *TAAD*, 9, 35, 2018, 1-40.
- Beck Louise Doswald, "Developments in Cumstomary International Humanitarian Law", *Swiss Review of International and European Law*, 15, 3, 2005, 471-498.
- Chinkin C.M., "The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law", *The International and Comparative Law Quarterly*, 38, 4, 1989.
- Cunningham Andrew J., "The European Convention on Human Rights, Customary International Law and The Constitution", *International and Comparative Law Quarterly*, 43, 3, 1994, 537-567.
- Donnelly Jack, "Human Rights: A New Standard of Civilization?", *International Affairs*, 74, 1998.
- Ferreira GM ve Ferreira-Snyman, MP, "The Impact of Treaty Reservations on the Establishment of An International Human Rights Regime", *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 38, 2, 2005, 148-183.
- Francioni Francesco, "Customary International Law And The European Convention On Human Rights", *Italian Yearbook of International Law*, 9, 1999, 11-25.
- Gamble John King, "The Treaty/Custom Dichotomy: An Overview", *Texas International Law Journal*, 16, 3, Summer 1981, 305-320.

- Kende Tamas, "Distant Cousins: The Exhaustion of Local Remedies in Customary International Law and in the European Human Rights Contexts", *ELTE Law Journal*, 2, 2020, 127-144.
- Kırdım Şahin Eray ve Demirkol, Atahan, "Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Bir Kaynağı Olarak Uluslararası Örf ve Adet Hukuku", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XXV, 4, 2021, 379-434.
- Li-Ann, Thio, "It Is A Little Known Legal Fact': Originalism, Customary Human Rights Law And Constitutional Interpretation", *Singapore Journal of Legal Studies*, 2, 2010, 558-570.
- Lichtenstein Cynthia Crawford, "Hard Law v. Soft Law: Unnecessary Dichotomy?", *The International Lawyer*, 35, 4, 2001, 1433-1441.
- Marks Susan, "Reservations Unhinged: The Belilos Case before the European Court of Human Rights", *The International and Comparative Law Quarterly*, 39, 2, 1990, 300-327.
- Olivier Michele, "The Relevance of 'Soft Law' As a Source of International Human Rights", *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 35, 3, November 2002, 289-307.
- Simma B. & Alston, P., "The Source of Human Rights Law; Custom ius cogens and General Principles", 82, *AYIL*, 1992.
- Schwebel Stephen M., "Human Rights in the World Court", *Justice in International Law*, Cambridge University Press, New York, 1994.
- Suganami Hidemi, "A Normative Enquiry in International Relations: The Case of 'pacta sunt servanda'", *Review of International Studies*, 9, 1, 1983, 34-54.
- Urdang Ivu P., "Franklin and Eleanor Roosevelt: Human Rights and the Creation of the United Nations", *OAH Magazine of History*, 22, 2, 2008, 28-31.
- Tilovska-Kechedji Elena, "International Law Influencing European Law in The Case of Human Rights", *Law Series of the Annals of the West University of Timisoara*, 1, 2017, 25-32.
- Thirlway Hugh, "International Law And Practice Human Rights in Customary Law: An Attempt to Define Some of the Issues", *Leiden Journal of International Law*, 28, 3, 2015, 495-506.
- Türmen Rıza, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuza Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 17, 2000.
- Tzevelekos Vassilis P; Dzehtsiarou, Kanstantsin, "International Custom Making and the ECtHR's European Consensus Method of Interpretation", *European Yearbook on Human Rights*, 16, 2016, 1-30.
- Wildhaber Luzius/Hjartarson Arnaldur/Donnelly, Stephen, "No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Journal*, 33, 7-12, Basel, Reykjavik, London, 2013.
- Wood Michael, *Second Report on Identification of Customary International Law*, International Law Commission, UN Doc. A/CN.4/672, 22 Mayıs 2014.
- Ziemele Ineta, "Customary International Law in the Case Law of the European Court of Human Rights-The Method", *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 12, 2, July 2013, 243-252.

Mahkeme Kararları

- Akdıvar ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru No:21893/93,16 Eylül 1996.
- Al-Saadoon and Mufdhi v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 61498/08, 4 Ekim 2010.
- Banković ve Diğerleri v. Belçika ve Diğerleri, Başvuru No: 52207/99, ECHR 2001-XII.
- Benzer ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru No: 23502/06, 12 Kasım 2013.
- Burden v. Birleşik Krallık, Başvuru No:13378/05, 29 Nisan 2008.
- Cudak v. Litvanya, Başvuru No:15869/02, 23 Mart 2010.
- De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika, Başvuru No: 2832/66; 2835/66; 2899/66; 18 Haziran 1971.
- Demir ve Baykara v. Türkiye, Başvuru No: 34503/97, 21 Kasım 2006.
- Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. İtalya, Başvuru No: 27765/09, 23 Şubat 2012.
- J. F. v. Fransa, Başvuru No: 39616/98, 20 Nisan 1999.
- Jonas ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 34356/06 ve 40528/06, 14 Ocak 2014.
- Loizidou v. Türkiye (Preliminary Objections), Başvuru No: 15318/89, 18 Aralık 1996.
- Lalmahomed v. Hollanda, Başvuru No: 26036/08, 22 Şubat 2011, Yargıç Ziemele Ayrık Görüşü.
- Lawless v. İrlanda, Başvuru No: 332/57, 14 Kasım 1960.
- Shamayev ve Diğerleri, Gürcistan ve Rusya, Başvuru No: 36378/02, 12 Ekim 2005.
- Streletz, Kessler ve Krenz v. Almanya, Başvuru No: 34044/96, 35532/97 ve 44801/98, 22 Mart 2001.
- Stoll v. İsviçre, Başvuru No: 69698/01, 10 Aralık 2007.
- ICJ, Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belçika v. Senegal), ICJ Raporlar 2012.
- ICJ, Barselona Traction (Belgium v. Spain), Judgment of 5 February 1970.
- ICJ, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Reservations to The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion of 28 May 28th, 1951.
- ICJ, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), 24 Mayıs 1980.
- ICJ, Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), Reports of Judgment, 18 December 1951.
- ICJ, Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), 19 Aralık 2005, Yargıç Simma Ayrık Görüşü.
- ICJ, Pleadings, Oral Arguments, Documants, Interhandel Case (Switzerland v. United States of America), 21 Mart 1959.
- ICJ, North Sea Continental Shelf Case, Judgment, 20 Şubat 1969, ICJ Reports 1969.
- Permanent Court of International Justice, Series A./B., Judgements, Orders And Advisory Opinions Phosphates in Morocco (Preliminary Objections), Judgment of June 14 th, 1938.

Permanent Court of International Justice, *The Mavrommatis Palestine Concessions*
Greeve v. Britain, 30 Ağustos 1924.

UN Commission on Human Rights Report on the death penalty (UN Commission on
Human Rights, *Question of the Death Penalty: Report of the Secretary-General*
submitted pursuant to Commission resolution 2002177, UN ESCOR, 59th Sess.
UN Doc. E/CN.4/2003/106 (2003).

UN Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with
Commentaries 2001.